الفقه

آية الله العظمى
السيد محمد الحسيني الشيرازي
دام ظله

كتاب الشركة والمضاربة

دار العلوم
بيروت - لبنان

الشيرازي

الفقه

٥٣

الشركة والمضاربة

دار العلوم

الفقه

الجزء الثالث والخمسون

الفقه

موسوعة استدلالية في الفقه الإسلامي

آية الله العظمى
السيد محمد الحسيني الشيرازي
"دام ظله"

كتاب
الشركة - المضاربة

دار العلوم
للتحقيق والطباعة والنشر والتوزيع

الطبعة الثانية

١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م

منقحة ومصححة مع تخريج المصادر

دار العلوم للتحقيق والطباعة والنشر والتوزيع

العنوان: حارة حريك - بئر العبد - مقابل البنك اللبناني الفرنسي

ص.ب ٦٠٨٠ شوران تلفون: ٨٢١٢٧٤ بيروت - لبنان

كِتَابُ الشَّرِكَةِ

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف خلقه سيدنا محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين، واللعنة الدائمة على أعدائهم إلى قيام يوم الدين.

كتاب الشركة

في أحكام الشركة

وهي عبارة عن كون شيء واحد لاثنين أو أزيد ملكاً أو حقاً

كتاب الشركة

في أحكام الشركة

قال في الجواهر: بكسر الشين مع اسكان الراء وبفتحها مع كسرها، بل واسكانها.

(وهي عبارة عن كون شيء واحد لاثنين أو أزيد ملكاً أو حقاً) على ماعرفها المصنف، لكن الشرائع عرفها باجتماع حقوق الملاك في الشيء الواحد على سبيل الشياع، وفي مفتاح الكرامة عند قول القواعد: بمثل هذا التعريف انه تعريف النافع والتذكرة والايضاح وشرح الارشاد لولد المصنف و المهذب البارع والروض وهو المشهور، كما في مجمع البرهان، و نقل عن الخلاف والمبسوط والكافي والوسيلة وجماعة آخرين انها [عقد].

ولا يخفي انه من لم يذكر لفظ: العقد، أراد حقيقتها الخارجية التي قد تتحقق بالعقد، وقد تحقق بأسباب اخر، ومن أضاف لفظ العقد أراد القسم العقدي منها

والمصنف لم يأت بلفظ العقد، لانه أراد حقيقتها التى قد تتحقق بدون العقد، وقد تتحقق بالعقد وهذا أنسب، حيث ان الفقيه لابد لـه من التعريف الجامع لهما حتى يرتب على كل قسم أحكامه.

أما انكار الحدائق عقد الشركة رأساً ففي الجواهر انه واضح الفساد، بل يمكن دعوى اجماع الخاصة والعامة على خلافه، وانما أعرض عن تعريف المشهور لميله الى ان الشركة تلاحظ او لاوبالذات بالنسبة الى الشى المشترك فيه بينما تعريفهم لاحظ اولاوبالذات المشتركين ، فان الشركة قد تضاف الى المفعول، وقد تضاف الى الفاعل، وان كانا وجهين لشىء واحد، اذ لايعقل احدهما بدون الآخر ولاينتقض على المصنف بما قاله المسالك وجامع المقاصد: من ان قيد [الشياع] في تعريفهم لاخراج اجتماع حقوق الملاك في الشيء الواحد المركب من اجزاء متعددة كالبيت مثلا: اذا كان خشبه لواحد وحائطه لاخر وارضه لثالث ، فانه لاشركة لعدم الشياع، وان صدق اجتماع حقوقهم في الشيء الواحد ـ انتهى .

اذ فى المثال ليس شيء واحد لاثنين، بل الشيء الواحد بعضه لهذا ،وبعضه لذاك .

ولايخفى انه يشمل تعريف المصنف الكسر المشاع و الكلي في المعين بينما لايشمل تعريفهم ذلك، والاقرب انه داخل في الشركة فيقال: لمن اشترى طناً من قصب عشرة اطنان انه شريك معه.

نعم الانصراف البدوي لايشمل الا الكسر المشاع، وقد يؤخذ على المصنف انه

لايشمل اذا لم يكن هناك اثنان مع انه قد تتحقق الشركة، كما اذا وقف احد الشريكين نصف ارضه المشاعة مسجداً، فانه يصح ذلك ويلزم الافراز، كما ذكروا في [كتاب الوقف] والالم يجز تنجيس اي جزء منه ولامكث الجنب والحائض فيه الى غير ذلك، مع انه لامالك للمسجد.

و لا يخفى ، ان هذا الايراد أقرب الى كلامهم ، حيث قالوا : [الملاك] من كلامه ، الى غير ذلك من المباحث الطويلة التي ذكروها هنانقضاً وطرداً وحمل التعاريف على اللفظية وشرح الاسم ـ كما قاله الاخوند :[ره] ـ أولى فتأمل .

ثم لابأس هنا للاشارة الى معنى ذكرناه في حاشية المكاسب يناسب المقام لبعض الفائدة هنا، وفي غيره وهو انه لايخفى ان الاحكام الشرعية الواردة على المواضيع العرفية يجب ان يتبع في تلك المواضيع العرف، فاذا قال الشارع الماء طاهر مطهر يلزم ان يرجع الى العرف في تحقيق ما هو الماء ، الا اذ كان للشارع اصطلاح خاص في ذلك كالصلاة مثلا التي يريد بها الشارع حقيقة جديدة غير المفهوم عرفاً الذي هو مطلق الدعاء .

وهناك خلاف في ان الرجوع الى العرف في المفهوم فقط، دون المصداق كما يقوله الشيخ المرتضى وكثير من المتأخرين، ولذا لاتصح المسامحات العرفية في المصاديق أم المرجع هو العرف حتى في المصاديق ، و لذا اذا قال : فاغسلوا وجوهكم مثلا ، لو حظ مفهوم الغسل للوجه، ومصداقه ، فاذا سامح العرف في عدم غسل مقدار رأس ابرة بأن سماه غسلا للوجه ، جاز اتباعه ـ

اللهم الا ما خرج بـالدليل ـ وهذا هو الذي اميل اليه ، لان الكلام ملقى الى العرف بمقتضى «ما أرسلنا من رسول الابلسان قومه»[١] و لســان القوم أعـم من المفهوم والمصداق .

وكيف كان ، فهذا له مورد آخر فصلنا الكلام حوله تفصيلا .

اذا عرفت ان العرف هو المرجع في المفاهيم ، قلنـا : ان اللغوي ليس الأحد العرف الذين يخرجون المعاني من العرف بالتبادر ، أو من العرف بواسطة لغوي قبله الذي هو استقى المعاني أيضاً ، فاذا كان الامر كذلك ، وعرفنا تبادراً لمعنى لـدي العرف ام يكن قـول اللغوي بخلاف ذلك حجة ، ولذا نـرى الفقهاء في مثال [الوطن] و[الانية] و[الغناء] وماأشبه ذلك يشككون في كلمات اللغويين ، ويرجحون ما يتبـادر في اذهانهم ، بالاشكال على اللغوي طرداً أو عكساً أو ما أشبه ذلك .

وعلى هذا ، فاللازم في صدق [البيع] مثلا العرف ، سواء كان قول المصباح [مبادلة مال بمال] صادقاً عليه أم لا ؟ فكلما رأينا صدق البيع عليه في العرف شمله قوله سبحانه : «أحل الله البيع»[٢] .

اذا تحققت هاتان القدمان اعنى لزوم اتباع العرف في موضوعات الاحكام وعدم لزوم التقيد بما قاله اللغوى ، اذا كان هناك تبادر نقول : الاشياء القـابلة

(١) سورة إبراهيم الآية/٤ .

(٢) سورة البقرة الآية/٢٧٥ .

للتبادل أربعة : [العين] كعين الدارو [المنفعة] كمنفعة الدارو [عمل الحر] و [الحق] كحق التحجير مثلا ، وكل واحد من هذه الاربعة قد تكون معوضاً كما لو اشترى أحد الاربعة بدينار، وقد يكون عوضاً، فالاقسام ستة عشر حاصلة من ضرب أقسام المعوض الاربعة في أقسام العوض الاربعة ،ومقتضى القاعدتين السابقتين صحة جميع الاقسام ، اذ لانرى وجهاً لعدم تسمية بعضها بيعاً بعد ان البيع في العرف أعطاء شيء وأخذ شيء بهذا العنوان أي بعنوان البيعية و توفر سائر الشرائط فيه فلا يستشكل بان بعض الحقوق ليست قابلة للنقل و الانتقال كحق المضاجعة ،اذ في مثل ذلك لايكون الحق قابلا للانتقال حتى يصح عليه البيع ، لانه بعد تمام الشرائط لايصح البيع ، لعدم صدق تعريف المصباح عليه .

أما الاجماع الذي ذكره الجواهر في المقام ، فمن الواضح الاشكال عليه صغرى بعدم تحقق الاجماع ، وكبرى بانه من محتمل الاستناد ، بل مقطوعه و ليس مثله حجة ، كما حقق في الاصول .

و بما تقدم تعرف ، انه ليس وجه في القول بأن الاخبار الدالة على بيع خدمة المدبر وبيع سكنى الدار ، وبيع الارض الخراجية وما أشبه ، قد اطلق البيع فيها مجازاً ، بل هو حقيقة ولامانع منها .

ثم لايخفى ان البيع له اطلاقان :

الاول : اطلاقه على المعاملة القائمة بالطرفين، وهذا هو المفسر في كلام المصباح وغيره بأنه مبادلة مال بمال .

الثاني : اطلاقه على أحد الطرفين ، كقولهم : [بيع و شراء] ثم انه لما كانت الامور الاعتبارية لاحقيقة لها في الخارج ، كانت بيد المعتبر ، و كثيراً ما يكون شيء واحد قابلا لانطباق مختلف العناوين عليه ، وبانطباق كل عنوان يكون له أثر خاص ، مثلا : يصح كل من[الرهن] و [بيع الشرط]فيما اذا أراد اعطاء داره في مقابل ألف دينار فانه ان اعطاها رهناً كان كل من الطرفين ممنوعاً من التصرف ولم يؤثر الملك،وان اعطاه بيع شرط صح تصرف المشترى وامتنع تصرف البائع واثر الملك ، الا ان للبائع الفسخ عند حلول وقت الخيار ، و هكذا في غير المثال المذكور ، مثلا : لايصح بيع شيء مجهول بينما يصح الصلح عليه ، كما انه يصح بيع الامة وتحليلها وتزويجها دواماً ومتعة واعارتها واجارتها وما أشبه ذلك ،ولا يستشكل بأن بعض هذه الامور كالحيلة الشرعية ، مثل بيع الشرط في باب الرهن ، و مثل الصلح في باب بيع المجهول ، لان ضرب القواعد الكلية يستلزم اجازة كل قسم ، فان اعتبر المعتبر هذا القسم تبعه حكمه، وان اعتبر قسماً آخر تبعه حكمه وضرب القواعد الكلية ، وان استلزم مثل هذا الجواز أهم في نظر العقل والعرف والشرع من ملاحظة الفوائد بكل دقة ، مثلا : ضرب قاعدة كلية في نفوذ كل شرط أهم من ملاحظة كل مصداق مصداق من مصاديق الشرط، والحكم ببطلان الشرط اذ الزم شيئاً باطلا كان يحكم ببطلان بيع الشرط لانه ملازم للرهن الذي يتصرف فيه أحد الطرفين ، وهو خلاف ان كلا الطرفين ممنوعان من التصرف.

هذا بالاضافة الى ما عرفت من اختلاف الاثر، فان لكل معاملة أثراًخاصاً لايوجد في غيره .

اذا عرفت هذه المقدمة قلنا لامانع من تحقق كل واحد من البيع والاجارة في مورد واحد فيستأجر العبد لخدمته أو يشترى خدمة العبد ، كما يصح الصلح والهبة المعوضة والاعارة بشرط وما أشبه ذلك ، فالاشكال في الاجارة اذا اثمرت نقل الثمرة أو ما أشبه ذلك ، مما لاوجه له .

ثم لايخفى ان [الحق] بمعنى الثبوت وهو بهذا المعنى يطلق تارة على [الله] سبحانه فيقال : [الله حق] وتارة على [الملك] نحو: [هذا حق زيد] وتارة على الحق المصطلح في كلام الفقهاء نحو: [حق التحجير] وتارة على التكاليف الشرعية نحو : [الصلاة حق الله] وهكذا ، فان المعنى في الكل واحد ، وهو الثبوت ، منتهى الأمر ان الثبوت قد يكون بالنسبة الى الذات نحو : [الله الحق] وقد يكون بالنسبة الى الاضافة، كما في الموارد الثلاثة الاخر، فان اضافة الملك الى زيد ، واضافة جواز التصرف في حق التحجير ، و اضافة الصلاة الى الله سبحانه ثابتة في مقابل عدم اضافة الملك لعمرو وهكذا .

وعلى هذا ، فجعل بعضهم الحق مشتركاً لفظياً بين هذه الامور مما لاوجه له والدليل على ما ذكرناه هو وحدة المعنى المتبادر الى الذهن من الحق حين يطلق .

ثم انه ذهب المشهور الى ان الحق مرتبة ضعيفة من الملك ، وأشكل عليهم بعض من قارب عصرنا بأن الملك غير قابل للشدة والضعف ، والذي يمكن أن

يقال ان الانسان له ان يتصرف في بعض الاشياء ، منتهى الامر يفرق الاشياء في ذلك فأحياناً يجوز التصرف الواحد أوتصرفان أوثلاثة أوأربعة وهكذا ، مثلا : قد يكون شيء ملكاً مطلقاً للانسان ، فيجوز ان يتصرف فيه بيعاً ورهناً واجارة وهبة وصلحاً واعارة وما أشبه ذلك ،كما انه ينتقل منه الى ورثته ، وقد يكون ملكاً لايجوز له أي تصرف فعلا كملك القاصر ، وقديكون ملكاً يجوز له التصرف فيه ببعض أقسام التصرف دون بعض كملك السفيه والمحجور والملك المشترط على المالك بعض انحاء التصرف كما لوباعه داراً بشرط ان لايخرجها عن ملكه اطلاقاً ، أولا يخرجها بقيمة أقل من القيمة السوقية أو ماأشبه ذلك .

وهذه التصرفات هي لوازم الملكية، سواء كانت كثيرة أو قليلة والحق أيضاً من الملك فهناك حق يباع ،ويشتري وينتقل كحق التحجير مثلا ،وهناك حق غيرقابل للانتقال كحق المضاجعة ، الى غيرها من أقسام الحقوق المختلفة مما يورث أو لايورث ، أوسائر المزايا المختلفة في الحقوق .

ومما ذكرنا تعرف ، ان الملك والحق مترادفان واقعاً ولغة ، ولذا يطلق احدهما في مقام الاخر فيقال : الزوجة تملك القسم ،كما يقال : هذه الدار حق لزيد ،كما تعرف ان الحق ليس مرتبة ضعيفة من الملك ، وكان مراد المشهور ان الملك بمعناه الاصطلاحي يتبادر منه الفرد الكامل الذي هو اباحة كل التصرفات أوجلها ،كما ان الحق بمعناه الاصطلاحي يتبادر منه مافيه اباحة بعض التصرفات فالتصرفات التي يطلق عليها الحق أقل من التصرفات التي يطلق عليها الملك ولامانع ان يقال بقبول الملك للشدة والضعف بالمعنى الذي ذكرنا ، لابمعنى

الشدة والضعف الواقعيين .

بقي في المقام شيء ، وهو انه قد اشتهر بينهم ان الحق غير الحكم فالحق من أقسام الملك والحكم انشاء تابع لمصلحة ملزمة فى الفعل أو الترك في الوجوب والتحريم ، أولمصلحة غير ملزمة في الاستحباب والكراهة أو انشاء ارخاء العنان في الاباحة فيما لامصلحة ملزمة أو مرجحة في أحد الطرفين ، و كثيراً مايتردد الفقيه بين ان الشيء الفلاني حق أوحكم.

لكن لايخفى ، ان هذا تطويل بلا طائل ، اذ لو اريد بهذا التقسيم كشف الاثار فذلك غير مجد ، اذاللازم معرفة كل أثر أثر من الدال على ذلك الحق أوالحكم ، مثلا: في حق التولية والنظارة يلزم ان نراجع دليل هذا الحق ، و هل انه قابل للارث أوالنقل أولا ؟ ولواريد بهذا التقسيم بيان الفرق بين الحق والحكم واقعاً وانهما شيئان لكل واحد آثار خاصة ، ففيه انا لا نتعقل امرين أحدهما دون الاخر ، وانما المعقول ان الشارع قد يجوز أشياء ، وقد يجوز شيئاً واحداً ، وقد لايجوز ، كما انه قد يمنع أويوجب شيئين أو شيئاً، ومن هذه لانشاءات يتولد اصطلاح الحق ـ أحياناً ـ .

مثلا : من ايجاب القسم يتولد اصطلاح : [حق الزوجة في المضاجعة] و من اباحة التصرف في الارضى يتولد اصطلاح : [حق تحجير الارض التي لا مالك لها] وهكذا ، وبالجملة فليس هناك حق فى مقابل حكم، وانما هذا من أقسام العبارة والاصطلاح فقط، وقد أعتنى به المتأخرون، بينما لانجد منه أثراً في كلام القدماء.

وهى أما واقعية قهرية كما فى

لا يقال : ما ذكرتم مبني على انتزاع الاحكام الوضعية من الاحكام التكليفية ، فلازم قولكم ان الملك امر منتزع من جواز التصرف ، وهذا غير تام ، اذ كثيراً ما نرى وجود الملك بدون جواز التصرف كما في المحجور بصغر أو جنون أوسفه أوفلس أوما أشبه؟ .

لانا نقول: انا لا ندعي ان الملك هو عبارة من جواز التصرف مطلقاً، بل هو عبارة عن جواز التصرف بنفسه أو وليه مع ان جواز التصرف اما في الحال او في الاستقبال، حيث يرتفع الحجر، وان اردت ان يتضح ذلك فارجع الى الوجدان ،فهل ترى امرين : الملك وجواز التصرف، والنجاسة ووجوب الاجتناب ، والزوجية وجواز المباشرة وما اشبه ذلك ، وبالجملة فهناك جملة من الاحكام التكليفية ينتزع منها الحكم الوضعي، اويقال لها الحكم الوضعي.

(و) حيث قد عرفت ان الشركة عقدية وغيرها امور عرفية امضاها الشارع بدليل : «اوفوا بالعقود»(١) في العقدية و[لايتوى حق امرء مسلم](٢) و[لاتبطل حقوق المسلمين](٣) ولا «تأكلوا اموالكم»(٤) الى غيرها في غير العقدية لم يحتج مايذكره المصنف من اقسام الشركة الى دليل خاص.

فـ (هي اما واقعية قهرية) اي في الواقع اشتراك مقابل الظاهر (كما في

---

(١) سورة المائدة الآية/١ .

(٢) المستدرك : ج/٣ ص ٢١٥ باب نوادر الشهادات ح/٥ .

(٣) الوسائل : ج/٢٤ ص ٢١٠ الباب ٦ من أبواب عقد النكاح ح/٩ .

(٤) سورة البقرة الآية/١٨٨ .

المال أوالحق المورروث

المال اوالحق الموروث) حيث ان كل جزء جزء من المال مشترك بين الورثة، لانه ظاهر العرف والشرع، وكذا فيما اذا كان وارثاً حقاً كحق الخيار، وكأن المصنف لم يذكر المنفعة لادخاله اياها في المال، مثل منفعة البستان والدار وشبههما ، فان المبسوط والسرائر وتبعهما غيرهما كالعلامة في القواعد قسموا الشركة الى ثلاثة اقسام : الشركة في الاعيان، اوالمنافع، اوالحقوق، وجعلوا الاول على ثلاثة اوجه : الميراث ، والعقد ، والحيازة ، ومثلوا للاشتراك في المنافع بمنفعة الوقف ومنفعة العين المستأجرة ، ومثلوا للاشتراك في الحقوق بمثل الاشتراك فى حق القصاص، وحدالقذف، وحق خيار الرد بالعيب ونحو العيب، وحق المرافق كالمشي في الطرقات.

قال في مفتاح الكرامة :وحرره المتأخرون كالمحقق والعلامة والشهيدين وابي العباس والمحقق الثانى وغيرهم ، فقيدوا الحيازة بما اذا كانت دفعة فانها حينئذ تتحقق الشركة في الجملة ، لكن يكون لكل واحد من المحاز بنسبة عمله ويختلف ذلك بالقوة والضعف، ولو اشتبه مقدار كل واحد فالصلح أو تمليك كل واحد ما بقى له عند الاخر، الى آخر كلامه:

لكن اللازم القول بالقرعة في المشتبة ، أو قاعدة العدل، كما رجحناها في جملة من كتب [الفقه].

نعم اذا لم يمكن القاعدة فالقرعة: واذا لم يمكن القرعة فالصلح القهري باجبار الحاكم ، لانه موضوع لفصل الخصومات ، و هذه خصومة، فيشملها «الصلح خير» .

وأما واقعية اختيارية من غير استناد الى عقد ، كما اذا أحيى شخصان أرضاً مواتاً بالاشتراك أو حفرا بئراً أو اغترفا ماءاً أو اقتلعا شجراً واما ظاهرية قهرية

لايقال: انه خير من شيء آخر مشروع، واذا لم يكن شيء آخر مشروع لم تكن نوبة الصلح، لانه يقال يفهم من الاية كالرواية ـ الصلح سيد الاحكام ـ وصول النوبة اليه أخيراً ان كان شيء قبله فعلى سبيل الندب، وان لم يكن فعلى سبيل الوجوب .

(وأما واقعية اختيارية من غير استناد الى عقد، كما اذا أحيى شخصان أرضاً مواتاً بالاشتراك) فانها تصبح لهما، وانما قال بالاشتراك لانه ان احيي كل أحد منهما بعضها اختص ذلك البعض به فلا اشتراك، ثم قد يكون كلاهما متساويين في الاشتراك، فلكل نصفها والا فبالنسبة، كما اذا عمل احدهما فيها اسبوعاً ،و الاخر اسبوعين بكيفية متساوية من العمل.

أما اذا كان عمل الاسبوعي يساوي عمل الاسبوعيني كان الاعتبار بالعمل لابالزمان.

(أو حفرابئراً أو اغترفا ماءاً أو اقتلعاشجراً)أو صادا صيداً، أو أخذا معدناً أو ما أشبه ذلك.

(واما ظاهرية قهرية) يريد بذلك انه لاشركة في الواقع ، وأنما يشتركان في الظاهر، لعدم تميز حصة احدهمامن الاخر، مع انه في الواقع تتميزاحدى الحصتين عن الاخرى

كما اذا امتزج ما لهما من دون اختيارهما ولو بفعل أجنبي بحيث لا يتميز أحدهما من الآخر سواء كانا من جنس واحد كمزج حنطة بحنطة أو جنسين كمزج دقيق الحنطة بدقيق الشعير أو دهن اللوز بدهن الجوز أو الخل بالدبس .

(كما اذا امتزج مالهما من دون اختيارهما) كمزج الهواء مثلا (ولوبفعل أجنبى بحيث لا يتميز احدهما مـن الاخر سواء كانا من جنس واحد كمزج حنطة بحنطة) فان افراد الحنطة في الواقع كل واحدة خاصة بصاحبها، وانما العرف لايقدر على التميز.

(اوجنسين كمزج دقيق الحنطة بدقيق الشعير أو دهن اللوز بدهن الجوز أو الخل بالدبس) فان كل ذرة ذرة من مال احدهما تبقى مستقلة .

لكن حيث لايمكن تميزها عن ذرات مال الاخر تكون الشركة في الظاهر لكن في تعليقة السيد الجمال، وتبعه غيره الظاهر ان يكون الامتزاج الموجب لعدم تميز المالين، اختيارياً كان او قهرياً موجباً لخروج كل منهما في نفس الامر عن صلاحية الاختصاص بمالكه ، و كـون الشركـة حينئذ واقعية لا ظاهرية .

أقول : وجه الظهور المذكور ما تقدم من ان الشركة امر عرفي امضاها الشارع، والعرف يرى الشركة حقيقة لاظاهراً ، وهذا اقرب، وان سكت عليه امثال السيدين ابن العم والبروجردى دلالة على موافقتهما للماتن.

ومما تقدم يظهر، ان قول الشرائع، وقد يكون [سبب الشركة] حيازةو الاشبه في الحيازة اختصاص كل واحد بما حازه، وعلله الجواهر باصالة عدم دخوله

وأما ظاهرية اختيارية كما اذا مزجا باختيارهما لابقصد الشركة، فان مال كل منهما فى الواقع ممتاز عن الاخر ،ولذا لو فرض تمييزهما اختص كل منهما بماله

في ملك الغير حتى مع النية، لعدم ثبوت قبول مثله النيابة، فضلاعما اذالم ينو كأنه لاوجه له ـ انتهى.

فيه نظر، ان المفروض انهما معاً حازا فكيف يختص كل واحد بما حازه هذا بالاضافة الى ظهور النظر فى قول الجواهر من عدم ثبوت النيابة مع ان الاصل فيما ليس دليل على عدم ثبوت النيابة ثبوتها بعد رؤية العرف ثبوتها، وعدم ردع الشرع لها ، و قد ذكرنا فى [الفقه ـ الاقتصاد] و غيره ثبوت النيابة فى الحيازة كأغلب المعاملات والعبادات ، وهذا هو الظاهر من المشهور .

و لذا قال في المسالك : ينبغي ان يستثنى من قول المصنف ما لو كان عمل كل بنية الوكالة لصاحبه في تملك نصف ما يجوزه ، فانه حينئذ يتوجه الاشتراك ، لان ذلك ما يقبل النيابة.

(و اما ظاهرية اختيارية كما اذا مزجا باختيارهما لا بقصد الشركة ، فان مال كل منهما في الواقع ممتاز عن الاخر ، ولذا لو فرض تمييزهما أختص كل منهما بماله) و فيه : ان الامور الواقعية لا يتدخل فيها القصد ، فاذا سود الورق اسود ، سواء قصد اسوداده أم لا ؟ والشركة كما تقدم أمر عرفى فلا مدخلية للقصد وعدمه فيها وجوداً ولا عدماً ، فاذا مزجا ماليهما صار مشتركاً، وان لم يقصدا الشركة ، كما اذا لم يمزجا لم تحصل الشركة ، وان قصداها ثم ان السيد الجمال قال : والظاهر ان يكون خلط الدرهم ونحوه بمثله موجباً

وأما الاختلاط مع التميز

للشركة ولا يكون من مجرد الاشتباه مع بقاء كل من الممتزجين من الاختصاص النفس الامري بمالكه.

أقول : وعلى هذا ، اذا أودعه احدهما درهمين ، والاخر درهماً يكون الثلثان للاول والثلث للثاني، فاذا ضاع احد الثلاثة فقد فقد الاول ثلثي الدرهم فله درهم وثلث، وفقد الثاني ثلث الدرهم فله ثلث الدرهم، لكنه خلاف اطلاق الرواية ، حيث جعل للاول درهماً ونصفاً ، و للثانى درهماً ، باعتبار ان الثاني يعترف بأن أحد الدرهمين الباقيين لصاحب الدرهمين فيبقى درهم يحتمل انه له اولصديقه ، فقاعدة العدل تقسمه بينهما نصفين، فاللازم احد شيئين ـ بناءاً على كون مقتضى القاعدة درهماً وثلث وثلثي درهم ـ .

اما تقييد اطلاق الرواية بما اذا لم يكن خلط بين الدراهم بأن جعل درهماً في مكان ، ودرهمين في مكان، ثم وجد في كل مكان درهماً ، لايعلم مع ايهما كان الدرهم الثاني، اذ حينئذ لم يكن خلط حتى يكون اشتراك ويقتضي الاشتراك الدرهم و الثلث وثلثي الدرهم ، ووجه التقييد ان الرواية حيث كانت على خلاف القاعدة ، كان لابد من الاقتصار فيها على القدر المتيقن ، و هي صورة عدم الخلط.

واما اخراج مورد الرواية ـ حتى صورة الخلط ـ عن القاعدة، اماالقول كما ذكره المصنف بعدم الشركة ، فقد عرفت انه خلاف العرف ، والشارع لم يردع عنه.

(واما الاختلاط مع التميز) كخلط الحنطة بالشعير ، وان صعب التفريق

فلايوجب الشركة ولو ظاهراً اذ مع الاشتباه مرجعه الصلح القهرى أو القرعة

أو السكر بالتراب (فلا يوجب الشركة و لو ظاهراً) اذ لا دليل عقلا او شرعاً على الشركة في مثل المقام، ولو شك فالاصل عدمها وحتى لو فرض الاشتباه كما اذا لم يعلم لايهما كانت الحنطة ولايهما كان الشعير.

(اذمع الاشتباه مرجعه الصلح القهري أو القرعة) وقدتقدم دليل الصلح القهرى أو قاعدة العدل ، ولايخفى انه على اى من الثلاثة يلاحظ النسبة في المالية ، فاذا كانت قيمة الشعير نصف قيمة الحنطة مع تساوى وزنهما ، كان الصلح باعطاء الثلث لمن له الشعير .

وكذا اذا أجرينا قاعدة العدل، واذا اقرعنا جعلنا في مكان ثلثا واقرعنا انه لايهما فاذا خرجت لصاحب الشعير فهو ، واذا خرجت لصاحب الحنطة قسمنا البقية نصفين ، واعطينا كل واحد نصفاً ، ولاحاجة الى قرعة جديدة .

ويؤيد ماذكرناه من ان المزج يوجب الشركة حقيقة لاظاهراً ، كما قاله المصنف : ان الشرائع قال :وكل مالين مزج أحدهما بالاخر بحيث لايتميزان تحققت فيهما الشركة اختياراًكان المزج أواتفاقاً .

وقال في الجواهر في شرحه مقصوداً به الشركة، أولا، بلاخلاف أجده فيه ، بل الاجماع بقسميه عليه .

أقول : ويؤيده مافي دعائم الاسلام ، بناءاً على ان التتمة من الخبر ، لامن

وأما واقعية مستندة الى عقد غير عقد الشركة ، كما اذا ملكا شيئاً واحداً بالشراء أو الصلح أو الهبة أو نحوها ،

كلام المؤلف ، والاكان مؤيداً من جهة فهم القاضي ، كما ذكرناه ، وهو دليل عرفياً ماذكرناه أيضاً .

فقد روى عن الصادق ، عن أبيه ، عن آبائه عليهم السلام : ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أجاز الشركة في الرقاع والارضين ، واشرك رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم علياً في هدية ، واذا أراد رجلان ان يشتركا في الاموال فاخرج كل واحد منهما مالا مثل مال صاحبه دنانير ، أو دراهم، ثم خلطا ذلك حتى يصير مالاواحداً لايتميز بعضها عن بعض على ان يبيعا ويشتريا ماراياه من أنواع التجارات ، فما كان في ذلك من فضل كان بينهما ، وما كان من وضيعة كان عليهما بالسواء ، فهذه شركة صحيحة لااختلاف علمناه فيها ، و ليس لاحدهماان يبيع ويشترى الامع صاحبه ، الا ان يجعل له ذلك[(١)] ـ انتهى عبارة الدعائم .

وهل قوله : [واذا] من تتمة الرواية ، أوفتوى القاضي ؟ احتمالان .

(وأما واقعية مستندة الى عقد غير عقد الشركة ، كما اذا ملكا شيئاً واحداً بالشراء أوالصلح أو الهبة و نحوها) كالمضاربة والمزارعة والمساقات حيث تعددت العامل ، فانهما شريكان ، والشركة حصلت بالعقود المذكورة ــ كما

---

(١) المستدرك : ج/٢ ص ٥٠٠ الباب ٦ من أبواب الشركة ح/١ . الدعائم : ج/٢ ص ١٥ باب الشركة .

وأما واقعية منشأة بتشريك أحدهما الاخر فى ماله ، كما اذا اشترى شيئاً فطلب منه شخص ان يشركه فيه ويسمى عندهم بالتشريك وهو صحيح لجملة من الاخبار

ذكرناه في [كتاب المضاربة] .

(واما واقعية منشأة بتشريك أحدهما الاخر في ماله، كما اذا اشترى شيئاً فطلب منه شخص ان يشركه فيه) وبذلك يصبح شريكاً له .

(ويسمى عندهم بالتشريك وهو صحيح لجملة من الاخبار) :

مثل ما رواه رفاعة في الصحيح ، قال : سألت أباالحسن موسى عليه السلام عن رجل شارك رجلا في جارية لـه وقال : ان ربحنا فلك نصف الربح ، وان كان وضيعة فليس عليك شيء ؟ فقال : لا أرى بهذا بأساً اذا طابت نفس صاحب الجارية .[(١)]

وفي صحيح الحلبي ، عن أبي عبدالله عليه السلام ، في الرجل يأتي الرجل فيقول : أنقد عني في سلعة فتموت أو يصيبها شيء ؟ قال لـه : الربح وعليه الوضيعة .[(٢)]

وعن أبي بصير ، عن أبي عبدالله عليه السلام ، قال : سألته عن الرجل يشاركه الرجل في السلعة ،يولي عليها ؟ قال : ان ربح فله ، وان وضع فعليه .[(٣)]

وعن وهيب بن حفص ، عن أبي جعفر عليه السلام ، قال: سألته عن الرجل

---

(١) الوسائل : ج/١٣ ص ١٧٥ الباب ١ من أبواب الشركة ح/٨ .

(٢) الوسائل : ج/١٣ ص ١٧٥ الباب ١ من أبواب الشركة ح/٧ .

(٣) الوسائل : ج/١٣ ص ١٧٥ الباب ١ من أبواب الشركة ح/٦ .

وأما واقعية منشأة بتشريك كل منهما الاخر فى ماله ويسمى هذا بالشركة العقدية ومعدود من العقود

يشارك الرجل على السلعة ويوليه عليها ؟ قال : ان ربح فله ، وان وضع فعليه .[(١)] الى غيرها .

(وأما واقعية منشأة بتشريك كل منهما الاخر في ماله ويسمى هذا بالشركة العقدية ومعدود من العقود) حيث يعقدان على ان يكون نصف أو ثلث أو ما أشبه من ماله لشريكه في قبال نصف أو ثلث أو ما أشبه من مال شريكه له ، سواء مع اتحاد النسبة كالنصف في قبال النصف ، أومع الاختلاف كالنصف في قبال الثلث ، وذلك لاطلاق أدلة العقود بعد كون مثل هذه الشركة أمراً عقلائياً .

قال في الشرائع :ولو أرادا الشركة فيما لامثل له باع كل واحد منهما مما في يده بحصته مما في يد الاخر ، وشرحه الجواهر قائلا : أووهب كل منهما كذلك أوباعها بثمن اشترى به الاخرى به منه أوغير ذلك ـ انتهى .

والظاهر انه يحصل بلفظ التشريك وما افاد مفاده، اذ لالفظ خاص في المقام كما لاخصوصية لاجراء العقد أو الهبة ، والظاهر ان الجواهر ذكرهما من باب المثال .

نعم، لايبعد اشتراط عدم الغرر لاطلاق نهي النبي عن الغرر،[(٢)] فاذا لم يكن غرر

---

(١) الوسائل : ج/١٣ ص ١٧٥ الباب ١ من أبواب الشركة ح/٥ .

(٢) الوسائل : ج/١٢ ص ٢٣٠ الباب ٤٠ من أبواب التجارة ح/٣ ـ انظر كنز العمال : ج/١ ص ٢٢٩ ح/٤٩٢٠ ـ ٤٩٢٣ ـ صحيح الترمذي : ج/٥ ص ٢٣٧ ـ الموطأ : ج/٢ ص ٢٣٠ .

ثم ان الشركة قد تكون في عين ، وقد تكون في منفعة ، وقدتكون في حق وبحسب الكيفية اما بنحو الاشاعة ، وأما بنحو الكلى في المعين

عرفي لم يحتج الى العلم بماعند كل منهما بل ولاعلم المالك بما عنده،فاذا كان لهما دكانان يعلم في الجملة قيمة كل البضائع الموجودة فيهما جاز التشريك المذكور.

و انلم يعلم ذات كل جنس جنس وقيمته وقدر كل جنس جنس كان لم يعلم هل فيها الحناء او السكر أو الشاي؟ وهل قدر كل جنس حقة أوأكثر؟ وهل قيمة كل جنس دينار أوأقل ؟ وانما يعلم في الجملة ان دكان زيد يسوى مائة ودكان عمرو يسوي خمسين فيجعل ربع دكان الأول في قبال نصف دكان الثاني فيشترك الثاني مع الاول في الربع والاول مع الثاني فى النصف.

(ثم ان الشركة قدتكون في عين، وقدتكون في منفعة، وقد تكون في حق) كما تقدم (وبحسب الكيفية اما بنحو الاشاعة،) كالنصف والثلث.

(وأمابنحو الكلي في المعين) فحقة فى ضمن عشر حقق لهذا والتسع الاخر في ضمن المجموع لذاك ، واشكال بعضهم في الكلي في المعين غير ظاهر الوجه ، اذ غاية مايقال : انها غير مألوفة.

وفيه: بعد تسليم ذلك لايستلزم اطلاق أدلة الشركة المألوفية فالعرفية بعد عدم تقييد الشارع يكفي في الصحة.

وقد تكون على وجه يكون كل من الشريكين أو الشركاء مستقلا فى التصرف ، كما فى شركة الفقراء فى الزكاة والسادة فى الخمس والموقوف عليهم فى الاوقاف العامة ونحوها.

(وقدتكون) الشركة (على وجه يكون كل من الشريكين أو الشركاء مستقلا في التصرف، كما في شركة الفقراء في الزكاة والسادة في الخمس والموقوف عليهم في الاوقاف العامة ونحوها) كالذرية ونحوهم في الوقف الخاص.

ولايخفى ان مراد المصنف هو ما ذكره الجواهر قال: لاريب في ملك الفقراء للزكاة والسادة الخمس والمسلمين الارض المفتوحة عنوة الا انه ملك جنس لاتعدد فيه كي يصدق معه اجتماع حقوق الملاك و الافراد من حيث لا ملك لاحد منها، كما ان الاشياء المباحة من معدن ونحوه هى بين الناس على حد سواء بمعنى ان لكل واحد حيازتها والسابق منهم أحق من غيره، ومع تعدد السابق يقرع ، وكذا المسجد والوقف العام ـ انتهى .

أقول: انما سمي الزكاة والخمس شركة لما ورد من ان الله شرك بين الاغنياء والفقراء في روايات متعددة تقدمت في [كتاب الزكاة] و في القرآن الحكيم: «وأعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسه»(١) الاية ، ومراد المصنف ان كل واحد اذا حصل حقه استقل في التصرف ، فليس كل جزء جزء لكل شخص شخص ، فاذا أخذ الفقير ديناراً من صاحب المال لايحتاج الى رضاية سائر الشركاء.

---

(١) سورة الأنفال الآية/٤١ .

وكذابالنسبة الى غرف المدرسة ،ومقدار الحصة من الوقف العام والخاص ومراد الجواهر [من كل واحد حيازتها] أي بقدرحقه كما ذكرناه في [كتاب الفقه ـ الاقتصاد] واحقية السابق للدليل الخاص، كما ذكرناه هناك من قوله صلى الله عليه وآله وسلم: من سبق الى مالم يسبق اليه احد.[1]

أما القرعة، فعلل الاقرب القسمة لانها قاعدة العدل، وقد ذكرنا في بعض المباحث ان القاعدة مقدمة على القرعة لانها ترفع الاشكال الذي هوموضوع القرعة.

---

(١) الوسائل : ج/١٢ ص ٣٠٠ الباب ١٧ من أبواب آداب التجارة ح/٢٠١ .

مسألة ـــ ١ ـــ لاتصح الشركةالعقدية الافى الاموال بل الاعيان فلاتصح فى الديون فلو كان لكل منهما دين على شخص فأوقعاالعقد على كون كل منهما بينهما لم يصح

(مسألة ـ ١ ـ لاتصح الشركةالعقديةالا فى الاموال) أما صحتها فى الاموال فلااشكال فيها ولاخلاف، بل الاجماعات عليه بشرطماذكره بقوله: (بل الاعيان) قال الشرائع: وانما تصح بالاموال.

وقال في الجواهر: بلاخلاف فيه، بل الاجماع بقسميه أيضاً على الصحة فيها ، كما ادعى الاجماع غيره ، و يشملها اطلاق الكتاب و السنة و دليل العقل .

أما ماذكره بقوله: (فلاتصح في الديون فلو كان لكل منهما دين على شخص فأوقعاالعقد على كون كل منهما بينهما لم يصح،) فقد استدل له ببعض ما ذكر من مستند المنع في غيرها، مثل استلزام اشتراك منفعة دين أحدهما بينهما مع ان عقد الشركة في التجارة غيرمؤثر في تمليك مال من احد الى غيره ، وليس بمعاوضة مال بمال لا عيناً ولا منفعة ، ومثل اصالة عدم الانعقاد ، ومثل عدم اطلاق للشركة يشمل الدين، لان المنصرف العين، ومثل ان العين القدر المتيقن من الادلة، وفي الكل مالايخفى.

اذ يرد على الاول: بالاضافة الى ان الدين لامنفعة له انه لابأس بذلك بعد العقد، فان اطلاق اوفوا بالعقود يشمله .[1]

---

(١) سورة المائدة الآية/١ .

وكذا لاتصح فى المنافع بأن كان لكل منهما دار مثلا وأوقعا العقد على ان يكون منفعة كل منهما بينهما بالنصف مثلا

وعلى الثاني: ان الاصل لامحل له بعد انه عرفي، فيشمله اطلاق الادلة.

وعلى الثالث: انه لاوجه لعدم الاطلاق ، والانصراف لوكان فهو بدوي ، وبه يعرف وجه النظر في التمسك بالقدر المتيقن ، و لذا فالذين ذكروا هذا الشرط هم قلة.

نعم، ذكره المصنف وقرره غالب المعلقين عليه بالسكوت، وعليه فلافرق في صحة الشركة بين كونها في الدين، او في العين، او فيهما معاً .

ومن الكلام في الدين يظهر الكلام في قوله : (وكذا لاتصح في المنافع بأن كان لكل منهما دار مثلا وأوقعا العقد على ان يكون منفعة كل منهما بينهما بالنصف مثلا) فانه لادليل على المنع عن ذلك الاتوهم انه أكل للمال بالباطل[1] فان الرابح منهما بأي وجه يعطي نصف ربحه للاخر مع ان الاخر لم يعمل في قبال ذلك عملا مع ان الربح في قبال العمل .

وفيه : ان الباطل أما شرعاً ولادليل على انهـا باطل ، وأما عرفاً والعرف لايرى ذلك باطلا ، بل يشمله أوفوا بالعقود وهو نوع من الاخوة و المواسات والمساوات ، اما انه لم يعمل فلا حق له .

ففيه أولا : ان العقد عمل ، ولذا اذااشترى بمائة وباعه بمائة وعشرة لايقال ان العشرة الزائدة ليست حقه لانه لم يعمل .

---

(١) سورة البقرة الآية/١٨٨ .

ولو أرادا ذلك صالح أحدهما الاخر نصف منفعة داره بنصف منفعة دار الاخر ، أو صالح نصف منفعة داره بدينار مثلا وصالحه الاخر نصف منفعة داره بذلك الدينار

وثانياً : اذا أراد الطرف الاخر كان من حقه ذلك، فان ليس للانسان الاماسعى[1] يشمل سعي المورث والمضيف والواقف والمهدى ونحوهم، فان لهؤلاء ان يجعلوا سعيهم تحت اختيار غيرهم ، وقد فصلنا الكلام حول ذلك في [فقه الاقتصاد] فراجع ، فان المال في قبال خمسة اشياء :العمل الجسدي، والفكري ، والمواد وشروط الزمان والمكان ، والعلاقات الاجتماعية .

ويؤيد الصحة ما ذكره بقوله : (ولو أرادا ذلك صالح أحدهما الاخر نصف منفعة داره بنصف منفعة دار الاخر) وان لم تكن المنفعة فعلية الان ، اذلا حاجة الى الفعلية في الصلح لاطلاق أدلته الشاملة للشأنية أيضاً .

(أو صالح نصف منفعة داره بدينار مثلا وصالحه الاخر نصف منفعة داره بذلك الدينار ،) وانما قلنا انه مؤيد لظهور انه عقلائي، واذا كان عقلائياً شمله دليل الشركة ، وليس معنى ما ذكرناه التلازم بين صحة الصلح وصحة المعاملات الاخر حتى يقال : لاتلازم ، لانه ربما يصح الصلح ـ للتوسعة فيه ـ و لايصح غيره ، وقد ذكرنا في أول الكتاب السر في جعل الشارع والعقلاء معاملة صحيحة ومعاملة غير صحيحة مع ان النتيجة واحدة .

---

(١) سورة النجم الآية/ ٣٩ .

وكذا لاتصح شركة الاعمال وتسمى شركة الابدان أيضاً ، وهى ان يوقعا العقد على ان يكون اجرة عمل كل منهما مشتركاً بينهما

(وكذا لاتصح شركة الاعمال وتسمى شركة الابدان أيضاً ، وهي ان يوقعا العقد على ان يكون اجرة عمل كل منهما مشتركاً بينهما) قال في الجواهر : بلاخلاف معتد به اجد فيه بيننا ، بل الاجماع بقسميه عليه والمحكى منهما مستفيض أومتواتر ـ انتهى .

وفي مفتاح الكرامة : ان الاجماع محكي في تسعة عشر كتاباً ، وذكر جملة من تلك الكتب كالخلاف والانتصار وغيرهما .

ثم حكى عن أبي علي جوازها كما حكى عن مجمع البرهان والكفاية والمفاتيح من انه لايظهر دليل على عدم الجواز سوى الاجماع ، فان كان والا فلا مانع .

أقول: لولا الاجماعات المذكورة والتي لاتضرها ما ذكرو لاخلو المهذب وفقه الراوندي لكان القول بالجواز متعيناً ، الاان الاجماعات تمنع من القول بالجواز .

قال في الجواهر : وما يحكى من بشركة سعد بن أبي وقاص ، و عبد الله بن مسعود ، و عمار بن ياسر فيما يغنمونه فأتي سعد بأسيرين ولم يأتيا بشيء فآقرهم النبي صلى الله عليه وآله وسلم وشركهم جميعاً] (١) غير ثابت مع امكان

---

(١) الجواهر : ج/٢٦ ص ٢٩٦ ـ نظر سنن البيهقي ج/٦ ص ٧٩ .

سواء اتفق عملهمـا كالخياطة مثلا ، أو كان على أحدهمـا الخياطة والاخر النساجة وسواء كان ذلك فى عمل معين أو فى كل ما يعمل كل منهما

ان يكون ذلك يوم بدر الذي غنائمه ـ على ماصرح في التذكرة ـ للنبي صلى الله عليه وآله وسلم ، فيمكن ان يكون ذلك منه هبة لهم ، بل يمكن غير ذلك أيضاً ـ انتهى .

أقول : لعل اقرار النبي صلى الله عليه و آله وسلم كان من باب رضـاهم حتى بعد الاسر ، والخبر مذكور في سنن البيهقي ،كما نقل، ولم أفحص حتى أرى هل يوجد في كتبنا الفقهية أم لا ؟

وكيف كان ، ففي المسالك ، وأما العامة فمنهم من وافقنا على بطلانهـا ، ومنهم من أجازها مطلقاً مع اتفاق الصنعتين، لا مع اختلافهما، ومنهم من اجازها في غير الكتاب المباح ـ انتهى .

ولذا قال المصنف : تبعاً لغيره (سواء اتفق عملهما كالخياطة مثلا ، أو كان على أحدهما الخياطة والاخر النساجة) وكذلك سواء تساوياً في زمان العمل وكميته أم لا ؟

(وسواء كان ذلك في عمل معين)كخياطة هذا ونساجة هذا (أو فى كل ما يعمل كل منهما ،) بناءاً أو نجارة أو صنعة اخرى كل ذلك لاطلاق معاقد الاجماعات .

أما الاستدلال بأنه أكل للمال بالباطل ، وانه غرر ، و انه خلاف ان ليس للانسان الاما سعى ، الى غير ذلك فقد عرفت الجواب عنها .

ولو أراد الاشتراك فى ذلك صالح أحدهما الاخر نصف منفعته المعينة ، أو منافعه الى مدة كذا بنصف منفعة أو منافع الاخر أوصالحه نصف منفعته بعوض معين وصالحه الاخر أيضاً نصف منفعته بذلك العوض

(و لو أرادا الاشتراك في ذلك صالح أحدهما الاخر نصف منفعته المعينة أو منافعه الى مدة كـذا بنصف منفعة) أو نسبة اخرى (أو منافع الاخر أو صالحه نصف منفعته بعوض معين و صالحه الاخر أيضاً نصف منفعته بذلك العوض) كالدينار في المثال السابق ، ولو كان بعد العمل صحت الهبة أيضاً .

أما الهبة قبل العمل فهل تصح لان كلا منهما يملك عمله الان قبل العمل ، ولذا يصح ايجار نفسه ، ويصح للمرأة هبة قسمها للشريكة، أو هبة نفقتها الاتية للزوج ، أو لاتصح ، لان أدلة الهبة منصرفة الى ما كان خارجياً ، و لو شك فالاصل العدم احتمالان ، وان كان الاقرب الاول ، لانه عقلائي ولم يثبت ردع الشرع عنه فيهب أحدهما للاخر هبة مطلقه، ويهبه الاخر كذلك او يجعلان الهبة مشروطة حتى لاتكون قابلة للفسخ ثم انه لو جعلا هذه النتيجة شرطاً في ضمن عقد لازم لزم ايضاً لاطلاق دليل الشرط .

نعم ، لو جعلاه شرطاً في ضمن عقد جائز لم يلزم لما ذكرناه في [كتاب المضاربة] من ان الشرط في ضمن العقد الجائز جائز ايضاً ـ على ما هو مسلك المشهور وتقتضيه القاعدة ايضاً ـ .

ولاتصح أيضاً شركة الوجوه وهي ان يشترك اثنان وجيهان لامال لهما بعقد الشركة على ان يبتاع كل منهما في ذمته الى أجل ويكون ما يبتاعه بينهما فيبيعانه ويؤديان الثمن ويكون ماحصل من الربح بينهما

(ولاتصح ايضاً شركة الوجوه) وقد فسرت بتفاسير اشهرها ماذكره بقوله (وهي ان يشترك اثنان وجيهان لامال لهما) او لهما مال ، لكن لايجعلان المال طرفاً للاخذ والعطاء (بعقد الشركة على ان يبتاع كل منهمافي ذمته الى أجل ويكون ما يبتاعه بينهما فيبيعانه) والبيع من باب المثال والا فالاجارة ونحوها ايضاً كذلك .

(و يؤديان الثمن ويكون ما حصل من الربح بينهما) قال في الجواهر : وقيل [في تفسير الشركة بالوجوه] : ان يبتاع وجيه في الذمة ويفوض بيعه الى خامل ويشترط ان يكون الربح بينهما ، وقيل: ان يشترك وجيه لامال له وخامل ذومال ليكون العمل من الوجيه و المال من الخامل ، و يكون المال في يده لايسلمه الى الوجيه والربح بينهما . وقيل: ان يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح ليكون بعض الربح له ـ انتهى .

قال في مفتاح الكرامة عند قول القواعد : [وشركة الوجوه] باطلة عندنا كما في التنقيح وايضاح النافع والمسالك والروضة واجماعاً، كما في السرائر والمختلف وشرح الارشاد للفخر والمهذب البارع و التنقيح ايضاً، و جامع المقاصد .

ثم نقل عن المفاتيح القول ببطلانه عن الخلاف و المبسوط و الوسيلة ،

واذاأرادا ذلك على الوجهالصحيح ، وكل كلمنهما الاخرفىالشراء فاشترى لهما وفى ذمتهما

و سائر ما تأخر عنها الى الرياض ، و نقل ان اباعلى قال بالصحة: وان جماعة لم يتعرضواله .

اقول : و العمدة فى المسألة الاجماع لاما استدل به بعضهم من الاصل و الاكل بالباطل[١] والضرر[٢] وانه خلاف ليس للانسان الاماسعى[٣] والغرر[٤] وذلك لما عرفت من الاشكال فى هذه الادلة ، ولايخفىان الاجماع، وان كانمحتمل الاستناد الى هذه الادلة ، و مثله ليس بحجة كمـا قرر فى محله ، الا ان قوة اتفاقهم بحيث لم يعرف مخالف الا واحد ، بل قال الرياض كماحكى عنه ان هـذه الثلاثة باطلة باجماعنا ،كما فى الغنية و الانتصار والمختلف والتذكرة الى آخر كلامه يوجب اتباعهم ، فان مثل ذلك من اقوى الاجماعات ، ولولم يكن حجة فى مثل هذه المسألة لم يكن مورد لحجيته كما لايخفى .

(و اذا ارادا ذلك على الوجه الصحيح ، وكل كل منهما الاخر فىالشراء فاشترى لهما وفى ذمتهما) او اوقعا ذلك على نحو الصلح او الهبة اوما اشبه، كما تقدم فى غير مثل هذه الشركة .

---

(١) سورة البقرة الآية/١٨٨ .

(٢) الكافي : ج/٥ ص ٢٩٢ ح/٨ .

(٣) سورة النجم الآية/٤ .

(٤) الوسائل : ج/١٢ ص٢٣ الباب ٤٠ من أبواب آداب التجارة ح/٣ .

وشركة المفاوضة أيضاً باطلة ، وهى ان يشترك اثنان أو أزيد على أن يكون كل مايحصل لاحدهما من ربح تجارة أو زراعة أو كسب آخر أو ارث أو وصية أو نحو ذلك مشتركاً بينهما وكذا كل غرامة ترد على أحدهما تكون عليهما

(وشركة المفاوضة ايضاً باطلة ، و هى ان يشترك اثنان او ازيد) ولايخفى ان الازيد ايضاً يأتى فى كل الاقسام المتقدمة صحيحها وباطلها فذكره هنادون السابق لايخرج عن كونه ضعفاً فى العبارة (على ان يكون كل مايحصل لاحدهما من ربح تجارة او زراعة او كسب آخر ،) كالحيازة والتحجير و غيرهما (او ارث اووصية أو نحو ذلك)كالنفقة وبدل القسم فى المرأة التى تأخذ من ضرتها بدلالاعطائها قسمها الى غير ذلك .

(مشتركاً بينهما) بنسبة خاصة من نصف أوغيره.

(و كذا كل غرامة ترد على احدهما تكون عليهما ،) قال في الجواهر مازجاً مع الشرائع : ولا شركة عندنا في المفاوضة التى هي اشتراك شخصين فيما يغتنمان به من ربح وارث ولقطة ودكان وغير ذلك ، ويغرمان من ارش جناية وضمان غصب وقيمة متلف و غير ذلك مطلقاً ، لعدم الدليل عليه عندنا، بل الاجماع بقسميه على فسادها ـ انتهى.

وقال في مفتاح الكرامة عند قول العلامة : [شركة المفاوضة] باطلة اجماعاً:

كما في السرائر والايضاح وشرح الارشادلولد المصنف والمهذب البارع والتنقيح وجامع المقاصد وعندنا، كما في التذكرة والروضة وايضاح النافع و

فانحصرت الشركة العقدية الصحيحة بالشركة فى الاعيان المملوكة فعلا وتسمى بشركة العنان .

في المبسوط انه الذى يقتضيه مذهبنا ، و في المسالك انها باطلة الا عند أبي حنيفة الى آخر كلامه [ره] والاجماع المذكور هو العمدة لا بعض الوجوه الاخر التي تقدمت كالغرر والضرر ونحوهما .

(فانحصرت الشركة العقدية الصحيحة بالشركة في الاعيان المملوكة فعلا) لاديناو لا التي تملك في المستقبل ، وقد عرفت الاشكال فى الدين ، واما الذي يملك في المستقبل فلانه ليس بمملوك فيكون من باب السالبة بانتفاء الموضوع لكن فيه انه اذا كان عقلائياً لم يكن وجه للمنع عنه فيكون حاله حال الدين.

(وتسمى بشركة العنان) من عنان الدابة اومن [عن] اذا ظهر اومن [المعاونة] بمعنى المعاوضة ـ كما في الجواهر ـ .

فالاول : كان كل واحد منهما اخذ عنان الاخر فلا يتركه يسدر كيف يشاء.

والثاني: كان كل واحد ظهر ما عنده من مال وعمل بينما المنفرد في عمله لايظهر للناس ذلك منه.

والثالث : كان كل واحد اعطى بعض ماله وبعض عمله للاخر فـي قبال اخذهما من الاخر .

ثم انه كان على المصنف ان يذكر صورة صحة المفاوضة بالشرط فى ضمن العقد ونحوه كما ذكر وجه صحة غير المفاوضة.

مسألة ــ ٢ ــ لو استأجر اثنين لعمل واحد باجرة معلومة صح وكانت الاجرة مقسمة عليهما بنسبة عملهما

(مسألة ـ ٢ ـ لو استأجر) انسان (اثنين لعمل واحد) سواء صنعة كالخياطة و النجارة او عملا جسدياً كافراغ البئر من التراب اوفكرياً جسدياً كوضع الخريطة لبناء الدار او كلامياً كالتكلم مع زيد لرجوعه الى زوجته بعد عزم طلاقها مثلا (باجرة معلومة صح) الاستيجار المذكور لاطلاق ادلة الاجارة مما يشمل الصور الاربع وحدة المؤجر اوالمستأجر وتعددهما.

وكذا يصح الامر بالنسبة الى الجعالة مع فارق كون الاجارة عقدو الجعالة ايقاع كما قالوا الى غيره من الفوارق بينهما.

(وكانت الاجرة مقسمة عليهما بنسبة عملهما) اذا اطلقت الاجارة ، وذلك لان النسبة هي المنصرفة عن الأطلاق فهي كما اذا صرحت النسبة لفظاً ، فان العقود تتبع القصود.

ومنه يعلم، صحة عدم نسبة عملهما اذا لم يكن اضطرار ونحوه مما يبطل الاجارة لانه خلاف الرضى كان يجعل لاحدهما الثلث وللاخر الثلثين مع كون عملهما على حد سواء.

ثم ان العمل الواحد قد يكون متشابه الاجزاء كبناء دار من بنائين، وقد يكون غير متشابه الاجزاء ، مثل أن يستأجرهما لبناء الدار حيث احدهما يعمل عمله الفكري بوضع الخريطة و الاخر عمله الجسدي بالبناء و ذلك لاطلاق الدليل .

ولا يضر الجهل بمقدار حصة كل منهما حين العقد لكفاية معلومية المجموع ولا يكون من شركة الاعمال التى تكون باطلة، بل من شركة الاموال فهو كما لو استأجر كلا منهما لعمل واعطاهما شيئاً واحداً بازاء اجرتهما

كما تقدم (ولا يضر الجهل بمقدار حصة كل منهما حين العقد لكفاية معلومية المجموع) مما يخرجه عن الغـرر ، وقد ذكرنا غير مرة أن الغرر عـرفي لا شرعي والعرف لايرى الغرر في مثل ذلك ، كما في بيع اجناس متعددة بقيمة واحدة في صفقة واحدة مع الجهل بأن لكل جنس منها كم يقع من الثمن ومن جعل الغرر الشرعي، اوسع من الغرر العرفي، كما المع اليه الشيخ [ره] في المكاسب غير ظاهر وجه كلامه بعد أن الموضوعات العرفية تؤخذ من العرف الا اذا قام الدليل الشرعي على التصرف وليس المقام من المستثنى.

(ولا يكون من شركة الاعمال) شركة الابدان المتقدمة في المسألة السابقة (التي تكون باطلة ، بل من شركة الاموال) لانهما يعمل كل منهما عملا في قبال اجرة وحيث يعطيهما الاجرة الواحدة ـ وهما مشتركان فيها ـ يقسمانها بينهما.

(فهو كما لو استأجر) المستأجر (كلا منهما) بانفراده (لعمل) خاص به (و اعطاهما) بعد العمل (شيئاً واحداً) كدينار (بأزاء اجرتهما) اى اعطاهما الدينار مثلا اجرة لهما فانه يقسم بينهما حسب حق كل واحد ، فكما ان هذا ليس من شركة الاعمال كذلك الذي عنونناه في المسألة .

ولو اشتبه مقدار عمل كل منهما فان احتمل التساوى حمل عليه لاصالة عدم زيادة عمل أحدهما على الاخر وان علم زيادة أحدهما على الاخر

(ولو اشتبه مقدار عمل كل منهما) هل هما على التساوى ؟ أو الاختلاف ؟ أو علم بالاختلاف بأن عمل أحدهما ضعف عمل الاخر ، لكن لم يعلم هل عامل الضعف زيد أو عمرو سواء كان الاشتباه ظناً أوشكاً ـ لان الظن لايثبت شيئاً ـ.

(فان احتمل التساوى حمل عليه) وذلك (لاصالة عدم زيادة عمل أحدهما على الأخر) وكذلك فى كل مورد هذا الشك، مثل ان كان عنده مال ، وديعة ، أو اجرة لنفرين ، أو وقفاً لانسانين أو خيرين كالمسجد أو ماأشبه .

ولم يعلم بتساوي حقهما أو اختلافه ، فان قاعدة العدل أيضاً تقتضي ذلك وهى مقدمة على الاصل، بل ربما يقال: ان أصل عدم الزيادة معارضة بأصل عدم التساوى، الا ان يقال : ان مراده الأصل العقلائى الجاري فى المقام، لاالاصل العملي ،وحيث قدرأى غير واحد من المعلقين عدم صحة الاصل لمعارضته كما عرفت جعلوا الحكم شيئاً آخر، فقال ابن العم : والاحوط التصالح في هذه الصورة، وفي صورة العلم بزيادة احدهما على الاخر ان أمكن والافالقرعة، وكذلك جعل السيد البروجردي وغيره الاحوط التصالح .

(وان علم زيادة أحدهما على الاخر) فان علم ان زيداً مثلا أزيد ولم يعلم مقداره أخذ بالقدر المتيقن فانه مثل مالو علم ان زيداً يطلبه ، لكنه لايعلم هل

فيحتمل القرعة فى المقدارالزائد ويحتمل الصلح القهرى .

يطلبه ديناراً أو دينارين ، وان لم يعلم ان أيهما أزيد مع العلم بالمقدار الزائد كدينار مثلا أو بدونه .

(فيحتمل القرعة) لانها لكل أمرمشكل[1] (في المقدار الزائد) المقطوع به لاالمشكوك فيه لما تقدم من انه مجرى الاصل (ويحتمل الصلح القهرى) لما تقدم من وجهه .

---

(١) الوسائل : ج ١٨ ص ١٨٩ الباب ٣ ح ١١ .

مسألة ــ ٣ــ لو اقتلعا شجرة أو اغترفا ماءاً بآنية واحدة أو نصبا معا شبكة للصيد أو أحييا أرضاً معاً فان ملك كل منهما نصف منفعته بنصف منفعة الاخر اشتركا فيه بالتساوى

(مسألة ــ ٣ ــ لو اقتلعا شجرة أو اغترفا ماءاً بآنية واحدة أو نصبا معاًشبكة للصيد أوأحيياأرضاً معاً)أواجريامعاًنهراً ،أوحفرابئراً فاجتمع فيهاالماء أواخرجا معاً معدناً أو لؤلؤاً بالغوص من البحر ، الى غير ذلك من الامثلة .

(فان ملك كل منهما نصف منفعته بنصف منفعة الآخر اشتركا فيه بالتساوي) ولايضرجهالة كل منهما قدرنصف منفعته ، وقدرنصف منفعة الآخر ، اذ مثل هذه الجهالة لاتسبب الغررعرفاً ، وقدتقدم ان الغرر عرفي وهو الذى حكم عليه الشارع بالنفي الذى معناه النهى حكماً والبطلان وضعاً ، وعليـه لا فرق بين ان يكون التمليك بالصلح ، أو الهبةالمعوضة ، أو البيع أو الشرط فى ضمن عقد ،كما يصح ان يملك كل واحد نصف ماله للاخر بدون المقابلة فيكون هبتان اشتركا فيه بالتساوى .

أما اذا لم يكن التقابل بالتنصيف ، بل قال : وهبت لك ثلث مالي في قبال نصف مالك لم ينفع ذلك في العلم بقدر مال كل واحد منهما ، مثلا : لو كان لاحدهما دينار، وللاخردينار ان في الواقع كان لواهب الثلث دينارو ثلثان وللاخر دينارو ثلث ، ولو كان لكل منهما دينار ونصف كان للاول ديناران ، وللاخر دينار الى غير ذلك ، فحيث يجهل نصيب كل واحد لم يعرف بمصالحة غير النصف ما آل اليه التعويض .

والا فلكل منهما بنسبة عمله

(والافلكل منهما بنسبة عمله) قال في الشرائع : لو اقتلعا شجرة أو اغترفا ماءاً دفعة تحققت الشركة .

وقال في المسالك : ولكن يكون لكل واحد من المحاز بنسبة عمله ويختلف ذلك بالقوة والضعف ولو اشتبه مقدار كل واحد فطريق التخلص بالصلح أو تمليك كل واحد مابقي له عند الاخر ، بناءاً على جواز هبة المجهول ـ انتهى .

وانما كان لكل بنسبة عمله لانه انتاجه ، فالفائدة تعود اليه عقلا وشرعاً ، اما قيمة أصل الشجرة ونحوها فقد أباحها الله سبحانه لمن سبق اليها .

ومنه يعلم ، الاشكال فيما ذكره الجواهر، قال : او يحكم بالنصف لاصالة عدم زيادة احدهما على الاخر ، بل قد يحتمل كونه كذلك مع اختلافهما في القوة والضعف لصدق اتحاد فعلهما في السببية واندراجهما في قوله : من حاز ملك ، ولعدم الدليل على اقتصار ذلك التفاوت في المحاز ، وان كان هو منافياً للاعتبار العقلي الذى لايرجع الى دليل معتبر شرعاً ـ انتهى .

اذ يرد عليه اولا : ان الاصل المذكور ان كان شرعياً فقد عرفت معارضته باصالة عدم التساوى، وان كان عقلائياً ـ كما تقدم ـ فلامجال له مع رؤية العقلاء ان لكل بقدر حقه ، وقد ايده الشارع بقوله : وان ليس للانسان الا ماسعى .

وثانياً: ان دليل مالكية الانسان لما حازه يجب ان ينضم الى القاعدة الشرعية والعقلية المقتضية لان لكل بقدر حقه، سواء ورد في الشرع من حاز ملك، كما هو ظاهر الجواهر وغيره أم لا؟ فانا لم نجد هذه العبارة فى ما فحصناه من الكتب او ورد ما هو بمعناه، وقياس المقام بباب الديات والقصاص، حيث حقق هناك

ولوبحسب القوة والضعف ولو اشتبه الحال فكالمسألة السابقة وربما يحتمل التساوى مطلقاً لصدق اتحاد فعلهما

ان العبرة بعدد الجناة لاالجنايات لاوجه له، اذ ثبت هناك بدليل خاص مماهو مفقود فى المقام.

وثالثاً : قوله: لايرجع الى دليل معتبر شرعاً غير ظاهر، اذ الدليل لايتوي والاما سعي وحقوق المسلمين لاتبطل ومن سبق، حيث ان العرف يرى ان احدهما سبق الي الثلث والاخر الى الثلثين فلو ربط احدهما دابتين، والاخر دابة حتى حملت الشجرة الى البلد او كان لاحدهما ثلثا الدلو وللاخر ثلثه حتى متحا الماء اونشر احدهما ثلثى الشجرة حجماً، والاخر الثلث، او كان لاحدهما قوة سحب ثلثى السمكة من الماء وللاخر قوة سحب ثلثها، لايشك العرف فى ان للاكثر عملا ضعف الاقل سواء كان ذلك وليد تفاوت القوة والضعف او وليد تفاوت العمل.

ومنه يظهر ضعف تعليق جملة من المعلقين منهم السيد البروجردي بالاحتياط بالتصالح عند قول الماتن [بنسبة عمله] (ولو بحسب القوة والضعف) ومنه يعلم سائر اشباه ذلك، كما اذا كان المحاز يسوى فى الغابة عشرة، وبعد عشرة فراسخ عشرين، وبعد عشرين فرسخاً ثلاثين، فسحبه احدهما الى خمسة فراسخ والاخر الى رأس عشرين فان نصيب الاول خمسة فقط لانه حقه اما الزائد فللثانى لانه حسب رؤية العرف ترقى بالتفاوت بين خمسة وثلاثين، بحسب عمل الثانى.

(ولو اشتبه الحال) الاشتباهات السابقة (فكالمسألة السابقة) في الحكم (وربما يحتمل التساوي مطلقاً) كما تقدم عن الجواهر (لصدق اتحاد فعلهما

في السببية واندراجهما في قوله : من حاز ملك[1] وهو كما ترى .

في السببية و اندراجهما في قوله :) أي اطلاق (من حاز ملك) حيث يدل على تساوي ملكهما (وهو كما ترى) .

و لذا سكت على الماتن غالب المعلقين كالسيدين ابن العم و الجمال و غيرهما .

(١) الوسائل : ج/٨ ص ٤٢٤ الباب من أبواب لكن بلفظ من ملك استأثر ولم أعثر بهذا اللفظ في أحاديث العامة والخاصة .

مسألة ـ ٤ ـ يشترط ـ على ماهوظاهر كلماتهم ـ فى الشركة العقدية مضافاً الى الايجاب والقبول والبلوغ والعقل والاختيار

(مسألة ـ ٤ ـ يشترط ـ على ماهوظاهر كلماتهم ـ في الشركة العقدية) التي يوجب العقد الشركة لاالامتزاج والارث ونحوهما .

وانما جعله ظاهر كلماتهم مع ان العلامة و غيره صرحوا بالاجماع بعدم صحة الشركة الابالمزج ، لاحتماله أرادتهم الشركة غير العقدية فتأمل .

(مضافاً الى الايجاب و القبول) ولو بالمعاطات لاطلاق أدلتها ، ثم حيث ان الشركة من قسم الاضافة المتكافئة الأطراف فنسبة هذا الى ذاك كالعكس فاعتبار الايجاب والقبول ، انما هو باعتبار السابق واللاحق في الانشاء ، و الا فلا تقدم وتأخر في الحقيقة بينهما .

ولذا يصح ان يقول كل واحد منهما في عرض الاخر [اشتركنا] و بذا تتحقق الشركة لانه اذا تحققت الشركة العقلائية تحققت الشركةالشرعية ،فان اطلاق الادلة يشملها (والبلوغ) لانه لايجوز أمرالغلام . وقدذكرنا بعضالكلام في ذلك في [كتاب المضاربة] وناقشنا في عدم صحة عمل غير البالغ اذا كان مميزاً فطناً .

(و العقل) بلا اشكال ولا خلاف الافي الادواري حيث يصح منه في حال العقل .

(و الاختيار) حيث لاتصح من المكره ، اما المضطر فتصح منه لانه يعمله باختياره ، وان كان اضطراره دفعه الىالاختيار وقدذكرنا في [كتاب الاقتصاد] من الفقه تفصيلا في المضطر .

وعدم الحجر لفلس أوسفه امتزاج المالين سابقاً على العقد أو لاحقاً بحيث لايتميز أحدهما من الاخر من النقود كانا أو من العروض بل اشترط جماعة اتحادهما فى الجنس والوصف

(وعدم الحجر لفلس أو سفه) وقد تقدم دليل ذلك في المضاربة فلاحاجة الى تكراره .

(امتزاج المالين سابقاً على العقد أو لاحقاً) وعلله فيالجواهر وغيره بأن المزج رافع للامتياز الذي يسبب الشركة فلو تخلف تحقق الامتياز المنافى للشركة .

و قال في موضع آخر : و بدون المزج الاصل بقاء كل على ملك مالكه الذي يقتضي فيالخروج عنها على المتيقن الذي هو المزج في المثليات دون غيرها .

ثم ان كان المزج سابقاً فقد حصلت الشركة و فائدة العقد حينئذ جواز التصرف (بحيث لايتميز أحدهما من الاخر من النقود كانا أو من العروض) مقابل النقود كالثياب و الاخشاب و الحيوانات و امثالها مما ليس ذهباً و لافضة .

(بل اشترط جماعة اتحادهما فى الجنس و الوصف) كالحنطة بالحنطة ، والحنطة البيضاء بالحنطة البيضاء ، فلا تصح الشركة في مزج العسل بالخل و العسل الاحمر بالعسل الابيض ، و هو المحكى عن المبسوط و الوسيلة و

والاظهرعدم اعتباره بل يكفى الامتزاج علىوجه لايتميزاحدهما من الاخركما لوامتزج دقيق الحنطة بدقيق الشعير ونحوه أوامتزج نوع من الحنطة بنوع آخر بل لايبعد كفاية امتزاج الحنطة بالشعيرو ذلك للعمومات العامة كقوله تعالى : «أوفوا بالعقود» وقوله عليه السلام:

السرائر و الشرائع والتذكرة و المسالك و غيرهم ، بل عن الكفاية الاجماع عليه .

(والاظهر عدم اعتباره) لاطلاق الادلة بعد رؤية العرف تحقق الشركةفي مختلف الجنس والوصف فلا مجال للاصل .

(بل يكفي الامتزاج على وجه لايتميز احدهما من الاخر كما لو امتزج) السكر بالخل أوالعسل بالماء ، و(دقيق الحنطة بدقيق الشعير ونحوه) غيره من سائر أقسام المزج .

(أو امتزج نوع من الحنطة بنوع آخر) بحيث لم يكن امتيـاز اذ مع الامتياز لايحصل المزج الذي اعتبروه .

(بل لايبعد كفاية امتزاج الحنطة بالشعير) وبالارز وغيره وان بقيا متمايزين اذ ليس الدليل على لزوم عدم الامتياز الاالاجماع المدعى وهو محتمل الاستناد ان لم يكن مقطوعة .

(وذلك للعمومات العامة كقوله تعالى: «أوفوا بالعقود»[1] وقوله عليه السلام

---

(١) سورة المائدة الآية/١

المؤمنون عندشروطهم وغيرهما بل لولا ظهور الاجماع على اعتبار الامتزاج أمكن منعه مطلقاً عملا بالعمومات ودعوى عدم كفايتها لاثبات ذلك كما ترى

المؤمنون عند شروطهم)[1] اذا قلنا بان الشرط شامل للعقد أو جعلت الشركة كذلك في ضمن شرط عقد (وغيرهما) مثل[تجارة عن تراض ، بل وكونه شركة عند العقلاء فيشمله ما دل على امضاء الشارع للشركة العقلائية بدون تقييد .

(بل لولا ظهور الاجماع على اعتبار الامتزاج أمكن منعه مطلقاً) و انه يمكن الشركة في مالين ، وان لم يمتزجا ، و انما كان الممكن المنع (عملا بالعمومات) المذكورة فيكون لهذا دراهم و لذاك دنانير فيقولان نحن شركاء فيهما ، وبذلك يكون لهما وهذا هوالظاهر منجملة من المعلقين منهم السيدان ابن العم والجمال ، حيث لم يعلقوا على المتن ، و ان قال السيد البروجردي عند قول الماتن : [لايبعد] بل هي بعيدة وعند قوله : [الاحوط] لايترك، ومنه يظهر ان له عنده نوع تردد أيضاً .

(و دعوى عدم كفايتها) أي العمومات (لاثبات ذلك) لانها لاعمومية لها من هذه الجهة .

نعم ، هذا ظاهر من الشيخ والعلامة والمحقق والشهيد الثانيين في بعض عباراتهم (كما ترى) اذ لامانع من الشركة بالنحو المذكور عند العقلاء ، و

---

(١) المستدرك : ج/٣ ص ٣٠ من أبواب نوادر الشهادات ح/٤ .

لكن الاحوط مع ذلك أن يبيع كل منهما حصته مما هو له بحصة مما للاخر أو يهبها كل منهما للاخر أو نحوذلك في غير صورة الامتزاج الذى هو المتيقن هذا ويكفى فى الايجاب والقبول كل مادل على الشركة من قول أو فعل .

لادليل من الشارع في منعها فلاوجه للالتزام به .

(لكن الاحوط مع ذلك) الذي قلنا بصحتها شركة عقدية (ان يبيع كل منهما حصته مما هو له بحصة مما للاخر أو يهبها كل منهما للاخر أو نحو ذلك) بان يجعلا ذلك شرطاً في ضمن عقد (في غير صورة الامتزاج الذي هو المتيقن هذا) ما يظهر من الادلة .

(و) كيف كان ، فـ (يكفي في الايجاب والقبول كل ما دل على الشركة من قول أو فعل) قال في القواعد: ويكفي قولهما اشتركنا، وهذا يؤيد ما سبق من عدم لزوم الايجاب والقبول ، و ان صح الايجاب من أيهما والقبول من الاخر أيضاً .

ولذا قال في مفتاح الكرامة : بأن يقول : كل منهما اشتركنا قال : و قد قربه في التذكرة ، وقواه في جامع المقاصد ، وقد يظهر من التحرير .

أقول : ويكفي ان يقول احدهما : اشتركنا، فيقول الاخر : نعم ، أوقبلت واحتمله مفتاح الكرامة خلافاً لجامع المقاصد حيث اشكل في قبلت ولا وجه ظاهر له .

مسألة ــ٥ــ يتساوى الشريكان في الربح والخسران مع تساوى المالين ومع زيادة فبنسبة الزيادة ربحاً وخسراناً

(مسألة ــ ٥ ــ يتساوى الشريكان في الربح والخسران مع تساوي المالين) فيما اذا عملا كلاهما بقدر متساو كما لو اتخذا عاملا عمل لهما ، وذلك لان الربح نتيجة المال والعمل كما تقدم ، وفصلناه في كتاب [الاقتصاد والمضاربة] فلاوجه لزيادة احدهما على الاخر ، وكذلك الخسارة تذهب منهما اذ لاأولوية بعد كون ذلك مقتضى العقد المبنى على الطريقة العقلائية وهي التي امضاها الشارع ، حيث لم يزد ولم ينقص بل صرحت بذلك جملة من الروايات :

مثل مارواه هشام بن سالم ، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال : سألته عن الرجل يشارك في السلعة ؟ قال : ان ربح فله وان وضع فعليه[(١)].

وفي رواية محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام، فنفقت الدابة قال: ثمنها عليهما لانه لو كان ربح فيها لكان بينهما[(٢)]، ونحوها رواية الحلبي[(٣)].

وفي رواية الابزارى، عن أبي عبدالله عليه السلام، ان كان ربح فهو بينهما وان كان نقصان فعليهما[(٤)]، الى غيرها من الروايات .

(ومع زيادة) من أحدهما (فـ) لصاحب الزيادة (بنسبة الزيادة ربحاً أو خسراناً) فاذا كان لاحدهما الثلث كان له ثلث الربح والخسران، بينما للاخر الثلثان منهما

---

(١) الوسائل : ج/١٣ ص ١٧٤ الباب ١ من أبواب الشركة ح/١ .
(٢) الوسائل : ج/١٣ ص ١٧٤ الباب ١ من أبواب أحكام الشركة ح/٢ .
(٣) الوسائل : ج/١٣ ص ١٧٤ الباب ١ من أبواب أحكام الشركة ح/٢ .
(٤) الوسائل : ج/١٣ ص ١٧٤ الباب ١ من أبواب أحكام الشركة ح/٣ .

سواء كان العمل من أحدهما أومنهما مع التساوى فيه أوالاختلاف أو من متبرع أوأجير هذا مع الاطلاق ولوشرطا فى العقد زيادة لا حدهما فان كان للعامل منهما أو لمن عمله أزيد فلااشكال ولاخلاف على الظاهرعندهم فى صحته

وذلك لما عرفت من انه مقتضى العقل والشرع .

ومماتقدم تعرف وجه النظرفي قوله : (سواء كان العمل من أحدهما ، أو منهما مع التساوي فيه) في العمل اذاكان منهما (أو الاختلاف أو من متبرع أو أجير) وذلك لان العمل له مدخلية في الربح فلاوجه لعدم اعتباره في الربح ، فاذا كان العمل من أحدهما كان له بقدر ماله وعمله وللاخربقدر ماله، واذا كان منهما مع الاختلاف كان لكل بقدر حصته عندالعقلاء، فاذاكانا فى المال متساويين وعمل احدهما ضعف الاخر، وفرض ان الربح ينصف نصفه للمال ونصفه للعمل كان نصف الربح بينهما سواءاً ونصفه الاخر لصاحب ضعف العمل ثلثاه، وللاخر ثلثه فكان من الاثنى عشر لصاحب الضعف سبعة وللاخر خمسة وهكذا .

(هذا) سواء في ما ذكره المصنف ، أو ما ذكرناه (مع الاطلاق) لانه الاسلوب العقلائي الذى بنى عليه العقد حيث انه يتبع القصد .

(ولو شرطا في العقد زيادة لاحدهما فان كان) قدر الزيادة المشروطة (للعامل منهما) في قبال العاطل (أو لمن عمله أزيد فلااشكال ولاخلاف على الظاهر عندهم) وقد صرح بعدم الخلاف فيه جماعة منهم الجواهر (في صحته) وذلك

أما لو شرطا لغير العامل منهما أو لغير من عمله أزيد ففى صحة الشرط والعقد وبطلانهما وصحة العقد وبطلان الشرط فيكون كصورة الاطلاق أقوال أقواها الاول

لاطلاق كون المؤمنين عند شروطهم[1]، وليس الشرط مخالفاً للكتاب و السنة، ولالمقتضى العقد وتوهم انه مناف للروايات [بينهما] كما تقدم بعضها مردود بأن المنصرف من الروايات صورة الاطلاق.

(أما لو شرطا لغير العامل منهما أو لغير من عمله أزيد ففي صحة الشرط والعقد) حكاه مفتاح الكرامة وغيره عن الانتصار والتذكرة والتحرير والمختلف والتبصرة، كما حكاه العلامة عن والده و حكى عن مجمع البرهان والكفاية واختاره الجواهر.

(وبطلانهما) كما في الشرائع ، وعن الخلاف والمبسوط والسرائر وشرح الارشاد للفخر واللمعة والمفاتيح واختاره جامع المقاصد.

(وصحة العقد وبطلان الشرط) كما عن ظاهر الكافي والغنية والنافع وجامع الشرائع، وأبي الصلاح وغيرهم.

(فيكون كصورة الاطلاق) حيث لاشرط، والتفصيل الذي ذكره القواعد قائلا : ولو شرطا التفاوت مع تساوى المالين أو التساوي مع تفاوته فالاقرب جوازه ان عملا أو احدهما ، سواء شرطت الزيادة له أو للاخر، و قيل تبطل الا ان يشترط الزيادة للعامل ـ انتهى .

(أقوال) أربعة (أقواها الاول) كما اختاره غالب المعلقين ، منهم السيدان

---

(١) الوسائل : ج/١٥ ص ٣٠ الباب ١٩ و ٢٠ من أبواب المهور ح/

وكذا لوشرطاكون الخسارة على أحدهما أزيد وذلك لعموم المؤمنون عند شروطهم ودعوى أنه مخالف لمقتضى العقد كما ترى ،

ابن العم والجمال خلافاً لاخرين، و منهم السيد البروجردي قال : محل تأمل واشكال.

(وكذا) الاقوى صحة العقد والشرط (لو شرطاكون الخسارة على احدهما أزيد) من الاخر، وان تساوى المالان، أوكان من خسارته أقل ـ حسب الشرط ـ أقل مالا هذا أيضاً مختار غالب المعلقين، منهم السيدان المذكوران، وان خالف السيد البروجردي فقال : الاقوى فيه البطلان .

(وذلك لعموم المؤمنون عند شروطهم) وهذا الشرط ليس مخالفاً لمقتضى العقد ولا للكتاب والسنة.

(ودعوى أنه مخالف لمقتضى العقد) لان مقتضاها كون نسبة الربح والخسارة بنسبة المال والعمل ـ عندنا ـ أو بنسبة المال، عندهم حيث انهم يرون الربح وليد المال فقط (كما تـرى) اذ ذلك مقتضى اطلاق العقد لا مقتضى ذات العقد .

وبذلك يظهر انه لاوجه لقول المستمسك ان مقتضى الشركة الاشتراك في الربح على حسب الشركة في الاصل، لكن هذا الاقتضاء ليس على نحو العلية بل على نحو الاقتضاء وهذا المقدار كاف في بطلان الشرط على خلافه لكونـه حينئذ مخالفاً للكتاب المراد انه مخالف للحكم الاقتضائي، هذا بالنسبة الى النماء الخارجي وأما بالنسبة الى النماء الاعتباري اعني الربح فالاشكال فيه اظهر ـ انتهى.

نعم هو مخالف لمقتضى اطلاقه والقول بأن جعل الزيادة لاحدهما من غير ان يكون له عمل يكون فى مقابلتها ليس تجارة بل هو أكل بالباطل كما ترى باطل

اذ الاطلاق والاقتضاء شيء واحد، ومن الواضح ان كل شرط ـ اذا لم يكن تكراراً لمقتضى العقد ـ مخالف لاطلاق العقد ، فاذا كان الاقتضاء معياراً لم يبق مكان للشرط، ثم اى فرق بين الخارجي و الاعتباري و على القائل ان يأتي بدليل الفرق.

(نعم هو مخالف لمقتضى اطلاقه) والمخالف لمقتضى الاطلاق لا اشكال فيه (والقول) الذى ذكره جامع المقاصد وجهاً للبطلان، لا من جهة ان الشرط مخالف للعقد (بأن جعل الزيادة لاحدهما من غير أن يكون له عمل) زائد (يكون في مقابلتها ليس تجارة) اذ الشركة ليست من التجارة في شيء اذ هي مقابلة مال بمال .

نعم، لو شرط ذلك للعامل تحققت التجارة حينئذ ، لان العمل مال فهو في معنى القراض.

(بل هو أكل بالباطل) ولذا بطل الشرط والعقد ،فيشمله [لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل][1].

(كما ترى باطل) اذ أكل مال الغير باذنه أو تمليكه بالشرط أو بدون الشرط

---

(١) سورة البقرة الآية/١٨٨ .

ليس من الاكل بالباطل، هذا بالاضافة الى انه لوسلم بطلان الشرط لم يكن وجه لبطلان العقد، اذ قد حقق في محله ان الشرط الفاسد ليس مفسداً.

ان قلت: لارضى بالعقد الا بالشرط ، فان فسد الشرط لم يكن رضى، وبذلك يكون العقد بدون رضى وهو فاسد .

قلت : ان كان الشرط مصب العقد أو قيداً كان الامر كذلك ، و لكن اذا كان من باب تعدد المطلوب لم يكن وجه للبطلان والغالب في الشرط ذلك ، وقد ذكرنا بعض تفصيل الكلام في القيد والشرط والمصب في [كتاب المضاربة] ولذا كان المشهور بين المتأخرين عدم سراية بطلان الشرط الى العقد .

نعم ، يكون لمن فات شرطه الخيار ـ كما حقق في بحث الخيارات ـ .

ومما تقدم ، يظهر الجواب عن جعل بعض المعلقين الشرط مخالفاً للسنة لان تملك شخص ربح مال غيره بلا سبب شرعي مخالف لها، والشرط لايكون مشرعاً لحكم غير مشروع ـ انتهى .

فان الشارع امضى المعاملات والشروط العقلائية، اذا لم يصرح بخلافها وحيث لاتصريح في المقام، والامر عقلائي لم يكن وجه للبطلان، فتملك شخص ربح مال غيره بجعل ذلك الغير ذلك برضاه في ضمن العقد لايكون مخالفاً للسنة ، وحيث كان الحكم مشروعاً لم يكن الشرط مشرعاً حتى يقال : الشرط لايكون مشرعاً لحكم غير مشروع، كما ظهر مما تقدم وجه النظر في تعليق من يقول بأن الشرط مخالف لمقتضى العقد، لانه يرجع الى تفكيك لوازم الشركة عنها،

ودعوى أن العمل بالشرط غيرلازم لانه فى عقد جائزمدفوعة أولا: بأنه مشترك الورود اذ لازمه عدم وجوب الوفاءِ به فى صورة العمل أو زيادته وثانياً: بأنغاية الامرجواز فسخالعقد فسقط وجوبالوفاء بالشرط والمفروض فى

اذ فيه ان تلك اللوازم عند العقلاء من لوازم الاطلاق، لامن لوازم الذات حتى لايمكنْ الانفكاك والشرط يرفع مقتضى الاطلاق ،كما في كل شرط .

(ودعوى) ان العقد والشرط وان كانا صحيحين الا(ان العمل بالشرطغير لازم لانه في عقد جائز) وقد تقدم ان الشرط انما يلزم اذا كان فيعقد لازم،لافي عقد جائز ،كما هو المشهور ، وتقدم تفصيله في [كتاب المضاربة] .

(مدفوعة أولا : بأنه مشترك الورود) على كل شرط كان في ضمن الشركة سواء الشرط الذى هو محل الكلام منجعل الزيادة لاحدهما من غيران يكون له عمل في مقابلتهـا ـ مثلا – أو الشرط الذى يسلمه الطرف مما بينه بقوله : (اذ لازمه) لازمالاشكال : [دعوى] (عدموجوب الوفاء به فيصورة العمل) لمن جعلت الزيادة له (أو زيادته) أى جعلت الزيادة لمنله عمل زائد، وقد تقدمانه لاحلاف في صحة الشرط في هذين الحالين .

(وثانياً : بأن غاية الامر جواز فسخ العقد) فان جواز العقد يعطي للطرفين جواز فسخه (فـ) اذا فسخ (سقط وجوب الوفاء بالشرط) لانه اذا ذهب العقـد ذهب الشرط .

(والمفروض) من محل كلامنا (في) شرط الزيادة لمن لاعمل لـه هو

صورة عدم الفسخ فما لم يفسخ يجب الوفاء به وليس معنى

(صورة عدم الفسخ) فيكون الشرط نافذاً مادام لم يفسخ . (فما لم يفسخ يجب الوفاء به) .

أقول قوله : [غاية الامـر] ليس تسليماً لكلام [ودعوى] اذ المدعى ادعى ان الشرط في العقد الجائز جائز ، بل قوله : [غاية الامر] مبني على ما اختاره مـن ان الشرط لازم ، ولو كان في ضمن عقد جائز ، فالحاصل في جواب [ودعوى] .

أولا : ان الاشكال مشترك الورود .

وثانياً: لانسلم ان الشرط فيالعقد الجائز غيرلازم الوفاء، بل هو لازممادام العقد باقياً .

نعم ، للمشروط عليه ان يفسخ العقد فيسقط الشرط .

أما ما ذكره السيد الجمال من ان تضمن العقود الاذنية للشروط يوجب تقيدالاذن بها، وتكون لازمة من ذلك فيردعليه انهان اراد جواز العقد فالشرط غير لازم، اذ بعد العقد لاحاجة الى اذن الطرف، فان العقد حقق الاذن الذيلا ينتفي الا بابـطال العقد ، وان أراد لزوم العقد غاية الامر انه يكون لكل منهما مطالبة القسمة الموجبة لانتفاء موضوعها ــ كما بينه معلق آخر ــ فهو رجوع الى كلام المصنف بقوله : [ثانياً] وليس شيئاً جديداً.

(و) ان قلت: انكم اذا سلمتم حق الفسخ للشارط تمت [دعوى انالعمل بالشرط غير لازم] كما ادعاه المدعي، ولم يكن لكم جوابعليه.

قلت: كلا انا نسلم حق الفسخ للشارط ولا تتم الدعوى ، اذ (ليس معنى

الفسخ حل العقد من الاول بل من حينه

الفسخ حل العقد من الاول)حتى يكون العقد كأن لم‌يكن ولايكون حينئذ أثر للشرط، كما ادعاه [ودعوى] حيث ان [ودعوى] اراد اثبات انه لافائدة لهذا الشرط ، وانما لاتتم الدعوى لانه لو فرض انه وقع الفسخ بعد العقد لايكون ذلك الفسخ موجباً لبطلان الشرط من اصله .

(بل من حينه) أي حين وقوع الفسخ وحينئذ يترتب‌أثر الشرط بين‌العقد وبين الفسخ مع ان [ودعوى]اراد ان يقول: لااثر للشرط أصلا.

و مما تقدم يظهر الاشكال في كلام المستمسك حيث قال: المعاوضةعلى مال الغير تقتضي دخول العوض في ملك مالك المعوض عنه فالربح يجب ان يدخل في ملك مالك المال فلا يصح اشتراط خلاف ذلك لانه ان صح‌الشرط بطلت المعاوضة ، وان صحت المعاوضة بطل الشرط ـ انتهى .

اذ فيه : ان عقد الشريك المشروط له الزيادة ولا عمل له أو ليس عمله أزيد هو نوع عمل تكون الزيادة فى‌قبال عمله هذا، فالربح الذي كان اللازم ان يدخل في ملك مالك المال ـ أولا وبالذات ـ دخل برضاه في ملك الذي لم يعمل، وانما دخل لانه عقد وهذا عمل عقلائي في كثير من الاحيان ، فاذا كان لكليهما مائة وكان الاشتراك يوجب حفظ مال‌من شرط له الاقل ـ لان من شرط له الازيد اذا كان شريكاً خاف الحاكم الجائر من مصادرة المال ـ اقدم العقلاء على‌اعطاء الشريك ثلاثة ارباع الربح عوض ان يكون له نصفه والربع الزائد انماكان‌له، لان الشريك القوي‌اوجب حفظ المال، ومثله‌له حق، الى‌غير ذلك من أسباب اقدام العقلاء على‌اعطاء احدهما ازيد.

فيجب الوفاء بمقتضاه مع الشرط الى ذلك الحين هذا ولو شرطا تمام الربح لاحدهما بطل العقد لانه خلاف مقتضاه

ومنه يعلم، ان قول المستمسك: المراد من الشرط في المقام ليس مايكون انشاء في ضمن انشاء، بل القيد المأخوذ في المعاملة، غير ظاهر الوجه، فان ظاهر كلامهم اثباتاً ونفياً هو الانشاء في ضمن الانشاء، كما ان قوله: ان وجه البطلان انها معاملة على خلاف مقتضى المعاملة الواقعة على أصل المال فلا يمكن تصحيحهما معاً لم يعرف وجهه، وذلك لماذكرناه في جواب قوله السابق [ان صح الشرط بطلت المعاوضة الخ] وكذلك قوله: أخيراً ان المعيار في الصحة والفساد كون اشتراط الزيادة لاحدهما بعد دخولها في ملك الشريك وقبله فعلى الاول تصح، وعلى الثاني تبطل، محل منع، اذ ليس المعيار ذلك بل المعيار الشرط الموجب لدخوله في ملك المشروط له ابتداءً، الى غير ذلك من موارد النظر في كلامه فراجعه.

وكيف كان (ف) اذا شرط الشرط المذكور (يجب الوفاء بمقتضاه مع الشرط الى ذلك الحين) أي حين وقوع الفسخ (هذا ولو شرطا تمام الربح لاحدهما بطل العقد لانه) أي الشرط (خلاف مقتضاه) اذ الشركة تقتضي التشريك في الربح والخسارة متساوياً أو متفاوتاً، فعدم التشريك خلاف مقتضى العقد وهذا هو الذي سكت عليه غالب المعلقين منهم السيدان البروجردي والجمال مما يستفاد منه بقوله: لكن يرد عليه ان الشرط الفاسد لا يوجب بطلان العقد، كما قرر في محله فغاية الامر بطلان الشرط ، الا أن يكون الشرط على نحو المصب او القيد، كماذكرناه في [كتاب المضاربة] تفصيلا وهنا اجمالا .

لكنك قدعرفت عدم منافات شرط تمام الربح أيضاً .

ومنه يعلم ، وجه سكوت ابن العم على الماتن كآخرين ، خلافاً للسيدين البروجردي والجمال ، حيث قال الأول : الظاهر بطلانه ، واشكل الثاني في الصحة .

أما قول المستمسك : انمقتضى المعاملات الواقعة على المال رجوع النقص على المالك عملا بالعوضية ، كرجوع الزيادة اليه عملا بالعوضية ، فرجوع الخسران الى غير المالك خلاف مقتضى المعاوضة ، الذي لايمكن انيتخلف .

ففيه : انذلك خلاف اطلاق المعاوضة ، لاخلاف ذاتها ، كما تقدم مثله في الربح فلاحاجة الى جعل اشتراط لزوم تدارك الخسارة من احدهما جعل الشرط السابق اعطاء الرابح ربحه لمن شرط له كل الربح

مسألة ـ ٦ ـ اذااشترطا فى ضمن العقدكون العمل من أحدهما أو منهمامع استقلال كل منهما أومع انضمامهما فهو المتبع ولايجوز التعدى وان أطلقا لم يجز لواحد منهما التصرف الاباذن الاخر ومع الاذن بعد العقد

(مسألة ـ ٦ ـ اذا اشترطا في ضمن العقد كون العمل من أحدهما) فقط (أومنهما مع استقلال كل منهما) بحيث يعمل وحده (أومع انضمامهما) فكلاهما يعملان ، لاان يعمل كل واحد على انفراده (فهو المتبع) لانه مقتضى المؤمنون عند شروطهم .

(ولايجوز التعدي) ولم يذكر بقية الاقسام لوضوحها كاشتراط عمل الاجنبي فقط، أومع أحدهما أومعهما ، واذاكان الشرط عملهما ، فقد يكون الشرط حق استقلال أحدهما دون الاخر ، الى غير ذلك من الوجوه .

ثم ان الشرط المذكور ، ان كان في العقد كان لازماً ـ فيما اذا كان عقد الشركة لازماً أما اذاكان في عقد الشركة غير اللازم ، أو في التشريك بالمزج ونحوه لم يكن لازماً .

أما الاول : فلما تقدم في بعض المسائل السابقة .

وأما الثاني : فلانه لاعقد فيكون الشرط كالابتدائي ، غير لازم الوفاء به .

(وان أطلقا) فان كان انصراف اراداه عمل به والا (لم يجز لواحد منهما التصرف الاباذن الاخر) كما هو مقتضى كون المال مشتركاً، اذ لايحق لاحد ان يتصرف في مال غيره الابأذنه .

(ومع الاذن بعد العقد) لايلزم على الاذن ان يبقى على اذنه فيحق لـه ان

أوالاشتراط فيه فان كان مقيداً بنوع خاص من التجارة لم يجز التعدى عنه وكــذا مع تعيين كيفية خاصة وان كان مطلقاً فاللازم الاقتصار على المتعارف من حيث النوع والكيفية ويكون حال المأذون حال العامل فى المضاربة فلايجوز البيع بالنسيئة بل ولاالشراء

يرجع عنه الااذا جعل الاذن شرطاً في ضمن عقد لازم ، فان رجوعه لاينفع لان الشرط يوجب الوضع ، كما ذكرناه فى بابه .

(أو الاشتراط فيه فان كان مقيداً بنوع خاص من التجارة) زماناً أو مكاناً أو بضاعة أو سائر المزايا (لم يجز التعدي عنه) لما تقدم من انه تصرف في ملك الغير بدون الاذن .

(وكذا مع تعيين كيفية خاصة) مثل النقد والنسيئة وبيع الثمار والصرف وغيرذلك .

(وان كان مطلقاً) له انصراف الى المتعارف مع ارادة ذلك (فاللازم الاقتصار على المتعارف) لان العقود تتبع القصود .

أما اذا كان مطلقــاً ، ولم يكن انصراف جاز الاطلاق (من حيث النوع والكيفية) وغير ذلك كالزمان والمكان وغيرهما .

(ويكون حال المأذون) في المقام (حال العامل في المضاربة) والمزارعة والمساقات ونحوها ، لان الكل من باب واحد .

أما قوله : (فلايجوز البيع بالنسيئة ، بل ولا الشراء بها) فقد تقدم في باب

بهـا ولا يجوز السفـر بالمـال وان تعدى عـما عين لـه أو عن المتعارف ضمن الخسـارة والتلف ولكن يبقى الاذن بعد التعـدي أيضـاً إذ لا ينافي الضمان بقائه والأحوط مع اطلاق الاذن ملاحظة : المصلحة .

المضاربة ان المتعارف عدم الانصراف عنها، بل المتعارف معاملة النسيئة و السلف في حدود خاصة .

ومنه يظهر الاشكال في قوله : (ولا يجوز السفر بالمال) كما تقدم الكلام في ذلك أيضاً في المضاربة .

(وان تعدى عما عين له) فيما كان هناك تعيين (أو عن المتعارف) الذي كان منصرفاً وأراداه (ضمن الخسارة والتلف) لاطلاق أدلة الضمان الشامل للمقام.

(ولكن يبقى الاذن بعد التعدي أيضاً) اذا لم يكن مقيداً بعدم التخلف والا لم يبق الاذن أيضاً ، هذا ثم انه ينبغي التفصيل في مسألة ضمان الخسارة والتلف لانه ان أجاز الشريك المعاملة لم يكن وجه لضمان الخسارة ، بل يكون حالها حال ما اذا كان الاذن من الاول حيث لاضمان . وان لـم يجز بطلت المعاملة بالنسبة الى حصة الشريك، وعليه رجع الى الشريك بعض ماله اوبدله ، فعلى اى التقديرين لارجوع بالخسارة الى العامل .

نعم ، في مسألة التلف يكون الشريك ضامناً ، وماذكرناه هوما ذكره جملة من المعلقين ، وانما قلنا ببقاء الاذن (اذ لاينافي الضمان بقائه) كما يمكن ان لايكون ضمان مع سحب الاذن ، فان بينهما عموماً من وجه .

(والاحوط مع اطلاق الاذن ملاحظة المصلحة) الظاهر انه لامجال للاحتياط

وان كان لايبعد كفاية عدم المفسدة .

لان الامر متوقف على قصد الشريك ، حيث العقود تتبع القصود ، فان كان قصده المصلحة لزم اتباعها ، وان كان قصده عدم المفسدة كفى ذلك ، ولو شك لم يجر أصل الاطلاق ، اذالشك في اجازة الغير مجرى أصل العدم .

ومنه يعلم ، الاشكال في قوله : (وان كان لايبعد كفاية عدم المفسدة) كما ان تقوية الجواهر كفايةعدم المفسدة ـ وكانه للاصل ـ غير ظاهر الوجه .

ومنه يعلم،وجه النظرفي قول المستمسك : الاذنبالتجارة يقتضي الاختصاص بمافيه الفائدة فلااطلاق له يشمل رفع المفسدة بل قدذكرنا في[كتاب المضاربة] ان اللازم ملاحظة المتعارف المنصرف اليه الاطلاق المقصود للطرف ، وقد يكون في تقبل الخسارة حيث اللازم حفظ العملاء وما أشبه .

ولعل المصنف اراد بالمصلحة الاعم من ذلك لا ما يتبادر اليه اللفظ من الربح.

ثم انهان كان المنصرف المصلحة لزم ملاحظة المصلحة الاهم اذا كانت هناك مصلحتان، اذ الانصراف جار هنا أيضاً ، فاذا كان هناك ربحان احدهما أكثر لزم تطلب ذلك.

و منه يعرف ، اذا كان فسادان أحدهما أقل وكان مأذوناً في التجارة معه لتحرى الصلاح المستقبلي أوما أشبه ، كما تقدم من مثال حفظ العملاء و لو بالخسارة ، تحري أقلهما مفسدة.

مسألة ــ ٧ ــ العامل أمين فلا يضمن التلف ما لم يفرط أو يتعدى.

(مسألة ـ ٧ ـ العامل) سواء كان احدهما أو كلاهما أو اجنبياً (أمين) بلا اشكال ولا خلاف ذكر ذلك المحقق والعلامة وشراحهما (فلا يضمن التلف ما لم يفرط أو يتعدى) لا اشكال ولا خلاف في ذلك أيضاً.

وفي المستمسك: الحكم عندهم من المسلمات الواضحات ، وهو كذلك لما دل من النصوص على عدم ضمان الامين وهي كثيرة، وقد تقدم الكلام في ذلك في [كتاب المضاربة] وستأتي بعض فروع المسألة.

مسألة ـ ٨ ـ عقد الشركة من العقود الجائزة فيجوز لكل الشريكين فسخه

(مسألة ـ ٨ ـ عقد الشركة من العقود الجائزة) قال في القواعد : ويجوز جوع في الاذن والمطالبة بالقسمة.

قال فى مفتاح الكرامة : كما في الشرائع و التحرير و الارشاد و جامع اصد والروض والمسالك، ومجمع البرهان و هو معنى ما في المقنعة و ي والمبسوط والنافع وجامع الشرائع والتذكرة واللمعة والروضة ، وقد ت عباراتهم بأنها عقد جائز لانها في المعنى توكيل وتوكل فيصح العزل جوع . وحكى عن الغنية والتذكرة الاجماع عليه .

أقول: الشركة اذاكانت قهريةكالارث أواختيارية مثل المزج فأجازاحدهما ر التصرف فى المال المشترك لم يكن اشكال و خلاف ، بل الاجماع عي على انه يتمكن من نقض اذنه وذلك مقتضى تسلط الناس على أموالهم.

اما اذا كانت الشركة عقدية فمقتضى أوفوا بالعقود لزومها الا ان الاجماع على ان لكل واحد منهما حق الفسخ وكفى به دليلا بعد ان لم يخالف أحد كن ان يؤيده السيرة المستمرة القطعية في فسخ الشركاء الشركة العقدية شائوا اللهم الا ان يقال: السيرة فيما اذا لم تكن الشركة محددة.

اما اذا كانت محددة نسبته مثلا فالسيرة بعكس ذلك، حيث لا يرون حق خ لاحدهما .

(فيجوز لكل من الشريكين فسخه) أي فسخ العقد بخلاف ما اذا سح ...

لابمعنى أن يكون الفسخ موجباً للانفساخ من الاول أو من حينه بحيث تبطل الشركة: اذ هي باقية مالم تحصل القسمة

الأذن اذنه في التصرف في الشركة الارثية والامتزاجية ونحوهما، فان ذلك ليس فسخاً، كما هو واضح، اذ ليس هناك عقد، بل حاله حال ما اذا اذن لهفي التصرف في ملكه ، ثم رجع عن اذنه فلا يسمى ذلك فسخاً ـ الا بالمعنى اللغوي ـ .

وبما ذكرناه ظهروجهالنظر في قولالمصنف: (لا بمعنى ان يكون الفسخ موجباً للانفساخ من الاول) حين العقد حتى يكون العقد كأن لم يكن (أو من حينه) وقت الفسخ (بحيث تبطل الشركة) وجه النظر ان الفسخ، وان لم يكن من الاول الا انه من حين الفسخ ، فانه اذا عقدا الشركة كان حال العقد حال سائر العقود ينفسخ بالفسخ.

اما ما يبقىمنالشركة وهو المالالممتزج ـ لفرض انهما مزجا مالهماقبل العقد أو بعد العقد ـ فهو غير مربوط بالعقد وانما العقد الذى هو محلالكلام فقد زال بالفسخ وزواله من حين الفسخ ، لا من حين العقد، واذا انفسخ العقد وبقي ماله يرتبط بالعقد اى المال الممتزج يرجع كل حق الى صاحبه ويكون التخلص بالقسمةعلى نحو ما يتخلص من الارث المشترك والمال الذىامتزج قهراً ولا ربط لذلك بالعقد.

ومنه يعلم، الاشكالفي قوله: (اذ هي باقية ما لم تحصل القسمة) اذ العقدقد ارتفع بالفسخ قسم المال الممتزج أو لم يقسم فلا معنى لبقاء عقدالشركة.

لابمعنى أن يكون الفسخ موجباً للانفساخ من الاول أو من حينه بحيث تبطل الشركة: اذ هى باقية مالم تحصل القسمة

الاذن اذنه في التصرف فى الشركة الارثية والامتـزاجية ونحوهما، فان ذلك ليس فسخاً، كما هو واضح، اذ ليس هناك عقد، بل حاله حال ما اذا اذن لهفي التـصرف في ملكه ، ثم رجع عن اذنه فلا يسمى ذلك فسـخاً ـ الا بالمعنى اللغوى ـ .

وبما ذكرناه ظهروجهالنظر فى قولالمصنف: (لا بمعنى ان يكون الفسخ موجباً للانفساخ من الاول) حين العقد حتى يكون العقد كأن لم يكن (أو من حينه) وقت الفسخ (بحيث تبطل الشركة) وجه النظر ان الفسخ، وان لم يكن من الاول الا انه من حين الفسخ ، فانه اذا عقدا الشركة كان حال العقد حال سائر العقود ينفسخ بالفسخ.

اما ما يبقىمنالشركة وهو المالالممتزج ـ لفرض انهما مزجا مالهماقبل العقد أو بعد العقد ـ فهو غير مربوط بالعقد وانما العقد الذى هو محلالكلام فقد زال بالفسخ وزواله من حين الفسخ ، لا من حين العقد، واذا انفسخ العقد وبقى ماله يرتبط بالعقد اى المال الممتزج يرجع كل حق الى صاحبه ويكون التخلص بالقسمةعلى نحو ما يتخلص من الارث المشترك والمال الذىامتزج قهراً ولا ربط لذلك بالعقد.

ومنه يعلم، الاشكالفي قوله: (اذ هى باقية ما لم تحصل القسمة) اذ العقدقد ارتفع بالفسخ قسم المال الممتزج أو لم يقسم فلا معنى لبقاء عقدالشركة.

بل بمعنى جواز رجوع كل منهما عن الاذن فى التصرف الذى بمنزلة عزل الوكيل عن الوكالة أو بمعنى مطالبة القسمة

ومنه يظهر، وجه النظر في قوله (بل بمعنى جواز رجوع كل منهما عن الاذن في التصرف الذى بمنزلة عزل الوكيل عن الوكالة أو بمعنى مطالبة القسمة) وتصحيح السيد الجمال لكلام المصنف، حيث قال: لما كان موجب الشركة في المالين هو امتزاجهما دون عقد الشركة، فكل منهما أجنبي عن الاخر، و ليس لجواز العقد أثر فيها، ولا لعدم ارتفاعهما بغير القسمة أثر في لزومه، و حيث انه لا ينشأ بعقدها سوى الاذن في التصرف، وما يتتبعه فلا يؤثر فسخه سوى ارتفاع هذا الاذن دون نفس الشركة ـ انتهى.

غير ظاهر الوجه، اذ كلام المصنف في [الشركة التي هي من العقود الجائزة] كما في أول المسألة، فأى معنى لقول المطلق [دون عقد الشركة] و لذا قال في المستمسك: اذا كان المراد الشركة التجارية، فان كانت من العقود من ان تكون جائزة ويجوز فسخها وأن بقيت الشركة في المال بحالها ـ انتهى.

أما تشبيه المصنف الفسخ بعزل الوكيل أو مطالبة القسمة فيرد عليه ان عزل الوكيل ليس فسخاً للوكالة، وان كان ملازماً للفسخ فهو من قبيل نفي الموضوع بخلاف الفسخ الذى هو من قبيل نفي المحمول، كما ان طلاق المرأة وعتق العبد وهبة الشريك ماله لشريكه ـ في الشركة العقدية ـ ليس فسخاً لنكاحها وفسخاً لشراء العبد، وفسخاً للشركة ومطالبة القسمة ليست فسخاً للشركة لا لما ذكره المستمسك من استدلاله لعدم كونه فسخاً بـ [لذا تصح القسمة في الموارد التي لا يكون التشريك انشائياً كالارث].

واذا رجع أحدهما عن اذنه دون الاخر فيما لو كان كل منهما مأذوناً لم يجز التصرف للاخر ويبقى الجواز بالنسبة الى الاول

اذ يرد عليه انه أى مانع من كون المطالبة لازم أعم حسب اختلاف الموضوع عقداً أو أرثاً ـ مثلا ـ بل لما يراه العرف من ان للفسخ مفهوماً غير مفهوم مطالبة القسمة.

و الظاهر ان مطالبة الفسخ لاتوجب الفسخ ، بل يتحقق الفسخ من حينه لامن حين مطالبته ، و كيف كان فقد تكون شركة غير عقدية ويأذن أحدهما الاخر في التصرف ، وقد لايأذن ، و قد تكون شركة عقدية ثم يأذن أحدهما الاخر أو لايأذن ، واذا اذن ـ في الشركة العقدية ـ فقديسحب أحدهما اذنه مع بقاء الشركة ، وقد يبطل الشركة مع بقاء اذنه في التصرف فبين الاذن والشركة عموم من وجه .

(واذا رجع أحدهما عن اذنه دون الاخر) فيما اذن كل منهما للاخر سواء كان الاذن مطلقاً أو مقيداً أو سواء كان الرجوع في المطلق كلياً أو في الجملة (فيما لو كان كل منهما مأذوناً) لايخفى ان هذا القيد توضيحى .

(لم يجز التصرف للاخر) لان العقد اذا كانت شركة عقدية لاتوجب التصرف كما تقدم .

(و يبقى الجواز بالنسبة الى الاول) حيث لم يرجع الاخر نحو اذنه له ، وكذلك الحال في الشركة غير العقدية اذا اذنا ثم رجع احدهما عن اذنه .

نعم ، اذا كان الاذن من طرف في قبال اذن الاخر بنحو المعاوضة في الاذن

واذا رجع كل منهما عن اذنه لم يجز لواحد منهما وبمطالبة القسمة يجب القبول على الاخر

سواء في عقد الشركة ، أو غير العقد ، فـاذا سحب أحدهمـا اذنه سقط اذن الاخر تلقائياً .

و منه يظهر ، انه لاوجه لتخصيص المستمسك الاذن المتقابل بـالشركة العقدية .

ومنه يعلم ، ان الاذن منهما لو كان تابعاً للعقد كان فسخ العقد رافعاً للاذن من الطرفين ، أما اذا كان مستقلا لم يكن سحب أحدهمـا الاذن موجباً لسحب الاخر ، ولعل التذكرة أراد ذلك حيث فرق بين قول احدهمـا فسخت العقد ، وبين قوله : عزلتك ، لان وقوع العزل عن احدهما لايقتضي العزل من الاخر - كما في الجواهر - فاشكال المستمسك على التذكرة غير ظاهر .

(واذا رجع كل منهما عن اذنه لم يجز لواحدمنهما)التصرف، لانالعقد والشركة غير العقدية لايقتضي جواز التصرف .

(و بمطالبة) أحدهما (القسمة يجب القبول على الاخر) لان امتياز ماله قسم من السلطة فيثبته،الناسمسلطون ، وان لم يكن تصرفه فىغير المقسوم أقل من تصرفه في المقسوم ،مثلا: اشتريا بما لهما عبدينوفرامالميمكنالتصرف في العبدين الا بالعتق ونحوه مما ليس للقسمة وعدمها أي أثر في الممكن من التصرف ، فاحتمال أن وجه و جوب القبول على الاخر ان الشركة مانعة عن التصرف ، وذلك ينافي دليل السلطنة غير ظاهر .

واذاأوقعا الشركة علىوجه يكونلاحدهما زيادة فيالربح أونقصان في الخسارة يمكن الفسخ بمعنى ابطال هذا القرار بحيث لو حصل بعده ربح أو خسران كان بنسبة المالين على ماهو مقتضى اطلاق الشركة .

نعم ، يبقى الكلام فيما لو كانت القسمة ضرراً على الاخر بدون انيكون عدم القسمة ضرراً على طالب القسمة ، فهل يجبتحمل المطلوب الضررأملا؟ الظاهر العدم ، لاطلاق دليل لاضرر الحاكم على دليل السلطنة .

(واذا أوقعا الشركة على وجه يكون لاحدهما زيادة في الربح)حيثتقدم جواز ذلك (أو نقصان في الخسارة) كما اذا كان الشرط تحمل أحدهما ثلث الخسارة ، و الاخر ثلثيه (يمكن الفسخ بمعنى ابطال هذا القرار) و يبقى أصل العقد اذا كان على نحو الشرط ، لاما اذاكان على نحو المصب [الجزء] أو القيد .

و قد سبق الفرق بين الثلاثة ، و الا لم يبق العقد ، بل كان اللازم عقداً جديداً ، واذا بطل الشرط فقط كان (بحيث لو حصل بعده ربحأوخسران كان بسنبة المالين) و العملين في الربح لما تقدم من ان الربح تابع للمال و العمل (على ما هو مقتضى اطلاق الشركة) وكذا الحال ، اذا بطل العقد وعملا كان لكل منهما من الربح حسب ماله وعمله ، وليس المقام كالمضاربة، حيثقالوا هناك بأن الأجرة للعامل بعد بطلان المضاربة .

مسألة ــ ٩ ــ لو ذكرا في عقد الشركة اجلا لايلزم فيجوز لكل منهما الرجوع قبل انقضائه

(مسألة ــ٩ـ لو ذكرا في عقد الشركة أجلا لايلزم) كما ذكره المحقق و العلامة وغالب من ذكر المسألة بعدهما .

(فيجوز لكل منهما الرجوع قبل انقضائه) لان الشركة من العقود الجائزة فالشرط فيها غير لازم الوفاء .

واذا رجع أحدهما سقط الشرط ، لانه قائم بهما ، فاذا فقد أحد الطرفين سقط ، و اشكال المستمسك فيه بأنه لم يثبت ان الشركة التجارية من العقود فضلا عن ان يكون جائزة ، و لو سلم فلا مانع من صحة شرط اللزوم و عدم الفسخ الى أجل في العقود الجائزة ، غير ظاهر .

اذ قد تقدم ان الشركة عقد ، كما قد تكون بالامتزاج و نحوه ، و تقدم في [كتاب المضاربة] ان الشرط في العقد الجائز جائز. نعم،يرد على المصنف انه لم يلتزم بذلك خلافاً للمشهور .

ثم ان احتمال ان يكون جواز عقد الشركة من ذاتها فالشرط فيها خلاف مقتضاها ، أو ان الشرط مخالف للكتاب والسنة في غاية البعد ، لان عدم اللزوم مقتضى الاطلاق ولاشيء في الكتاب والسنة يجعل ذات الشركة لازمة .

ثم اذا رجع أحدهما فقد يكون ابطالا للعقد ، و قد يكون ابطالا للشرط فان كان الاول لم يصح ان يرجع عن رجوعه ، لان العقد اذا بطل لاينعقد الا بعقد جديد ، و ان كان ابطالا للشرط و لم يبطل العقد صح لهما البقاء الى

الا أن يكون مشروطاً فى ضمن عقد لازم فيكون لازماً.

الاجل المذكور وكانت آثار الشركة باقية الى ذلك الوقت المضروب أجلا.

(الا أن يكون مشروطاً فـي ضمن عقد لازم فيكون لازماً)لادلـة الوفاء بـالشرط ، و حيث تقدم ذلك فـى المضاربة لم يكن داع الـى تكرار الكلام فيه .

و منه يظهر ، وجه النظر في اشكال السيدين ابن العم و البروجردي في لزوم الشرط حينئذ .

ثم ان معنى اللزوم الوضع كما ذكروا في باب الشرط ، فاذا خـالف و رجع لم يؤثر أثره ، خلافاً لبعض المعلقين ، حيث قال : يؤثر أثره .

ومن الواضح انه لو كان وضعيـاً بحيث لا يؤثر الرجوع كان ترتيب أثر الرجوع خلاف الشرع فيكون تكليفاً يتبع الوضع ـ هذا مع الغض عما ذكره الشيخ المرتضى (ره) من انه ليس هناك تكليف ووضع ، وانما تكليف صرف اذ ليس للشارع حكمان ـ وسوق الكلام في المقام على رأيه ايضاً واضح .

مسألة ـ ١٠ ـ لو ادعى أحدهما على الاخر الخيانة أو التفريط في الحفظ فأنكر عليه الحلف مع عدم البينة .

(مسألة ـ ١٠ ـ لو ادعى أحدهما على الاخر الخيانة أو التفريط في الحفظ) بعد ان كان مجازاً في العقد أو بعده في التصرف (فانكر) فان كان للمدعي البينة فهو والا (عليه الحلف مع عدم البينة) لانه أمين ، وليس عليه الا اليمين[1] ، كما تطابقت بذلك النص والفتوى .

ولو ظهر تعديه أو تفريطه ، الا انهما اختلفا في الزيادة والنقيصة كان عليه الحلف في عدم الزيادة التي يدعيها الشريك الاخر ، ولو اختلفا في قدر الاذن ، كان القول قول المنكر للزيادة، لاصالة العدم، ولو تجاوز المحدود ضمن بلا اشكال ولا خلاف ، كما عن النهاية والمبسوط والكافي والغنية والوسيلة والسرائر والفاضلين والشهيدين وغيرهم، وعن ابن زهرة دعوى الاجماع عليه، ولو تناقضا بأن قال المسافر: اذنت لي في السفر الى الشمال، وقال الشريك الاخر: بل الى الجنوب، لزم على المدعي البينة، لانه لم يثبت انه أمين في هذه الجهة. نعم لو كان أميناً لم يبعد قبول قوله .

(١) المستدرك : ج/٣ ص ٤٩٩ الباب ٥ من أبواب الصلح .

مسألة ـ ١١ ـ اذا ادعى العامل التلف قبل قوله مع اليمين لانه أمين .

(مسألة ـ ١١ ـ اذا ادعى العامل التلف قبل قوله مع اليمين لانه أمين) وليس على الامين الا اليمين، ولافرق بين ان يدعي انه تلف بسبب ظاهر كالحرق أو غير ظاهر كالسرقة ، كما نص عليه المحقق والعلامة وغيرهما .

نعم لو ادعى انه كان في داره واحترق باحتراق الدار مثلا ، و شهدت الشهود انه لم تحترق داره كان الضمان عليه ، لان شهود النفي بمنزلة العلم ويمين الامين انما هو في صورة عدم العلم والعلمي كما هو واضح ، و لذا لايمين له في صورة بينة الطرف .

أما اذا ظهر بطلان قوله انه ظن لو صدق بأنه سرق منه لم يقبل، فهل يقبل قوله الثاني لاطلاق دليل ليس عليه الا اليمين أولا ، لانصراف الدليل الى مالم يظهر كذبه ؟ احتمالان ، لايبعد الانصراف ، و ان كان صدقه في كلامه الثاني محتملا واقعاً ، اذ الاحتمال لايوجب رفع اليد عن أدلة البينة على المدعي ،و فروع المسألة كثيرة نكلها الى موضعها .

مسألة ـ ١٢ ـ تبطل الشركة بالموت والجنون والاغماء و الحجر بالفلس أوالسفه

(مسألة ـ١٢ـ تبطل الشركة بالموت)نقلهمفتاح الكرامةعن المقنعةوالنهاية والمبسوط والمراسم والكافي والغنية والنافع وجملة من الكتب الاتية ، وعن الغنية الاجماع عليه ، واستدلوا له بانتقال المال الى الوارثفلايجوزالتصرف بغير اذنه .

أقول : لولااجماع الذي لم يظهر من أحد خلافه لكان الاشكال في الدليل المذكورواضحاً ، اذ انتقال المال الى الوارث لايلازم الابطال ،ولذا لاتبطل الاجاز بالموت والفرق بـأن الشركة عقد جائز دون الاجارة غير فارق ، اذ البطلان فى العقدالجائز يحتاج الى الدليل ، ولو شك فالاصل بقاء الشركة .

(والجنون والاغماء و الحجر بالفلس أو السفه) قال في مفتاح الكرامة : قد صرح بانفساخها بالموت وبالجنون الشرائع والتذكرة والتحرير و الارشاد وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهانوالكفاية، وزيدفي التذكرةانفساخها بالاغماء والحجر والسفه وزيد فى التحرير و جامع المقاصد و المسالك على الثلاثة المذكورة انفساخهابالفلس .

أقول : مجرد هذه الفتاوى لاتوجب الحكم ، و انما المهم ما استدلوا به لذلك وهو ان الشركة توكيل والوكالة يجب ان تكون من الاهل ، و هؤلاء ليسوا أهلا واضافوا في الفلس بأن الاموال تحت سلطان الحاكم الشرعي فلا يجوز التصرف بغير اذنه ، و في كلا الدليلين نظر ، اذالعقد ليس توكيلا ، و

بمعنى أنه لايجوز للاخر التصرف ، وأما أصل الشركة فهي باقية

الاموال غير الجاري عليها العقد تحت ولاية الحاكم الشرعي ، والاصل بقاء العقد لو شك في بقائه عند عروض هذه الأمور .

وقد اشكل في المستمسك في ماعدا الموت والجنون لولاظهور الاجماع وقال : وكما ان الاذن لاتبطل بالنوم لاتبطل عرفاً بالاغماء والجنون والسفه واذا شك فالاستصحاب كاف في ترتيب الاحكام .

أقول : والمراد به عرفاً انه حقيقة عرفية امضاها الشارع، بل قد عرفت انها عقد لامجرد اذن ، فهو مثل عقد الاجارة ونحوها ، وقد تقدم اشكالنا على بطلان المضاربة .

ومنه تعلم ان قوله : (بمعنى أنه لايجوز للاخر التصرف، وأما أصل الشركة فهي باقية) منظور فيه ، اذ الشركة العقدية باقية كما ذكرنا ، والاذن باق عرفاً بالاضافة الى انه من توابع العقد كالاذن في التصرف في العين المستأجرة .

ومنه يعلم، ان قول المستمسك تبعاً لغيره بأن حدوث هذه الطوارى لايوجب افراز الحقوق ولاتعيين الحصة المشاعة ، فالشركة المحكومة بطلانها بالامور المذكورة هي الشركة في الاتجار بالمال والعمل به بمعنى عدم جواز التصرف فيه محل نظر ، اذ ليس الكلام في هذا ، بل في بطلان العقد، والا فلاينبغي احتمال ان بالمذكورات يحدث الافراز وتعيين الحصة المشاعة .

ومنه يعلم، ان قول مفتاح الكرامة وغيره ان المراد بالانفساخ ارتفاع ما اقتضاه عقدها من جواز التصرف أيضاً محل نظر.

نعم يبطل أيضاً ما قرراه من زيادة أحدهما فى النماء بالنسبة الى ماله أو نقصان الخسارة كذلك واذا تبين بطلان الشركة فالمعاملات الواقعة قبله محكومة بالصحة

(نعم يبطل أيضاً ما قرراه من زيادة أحدهما فى النماء بالنسبة الى ماله) بل يرجع حق كل الى القدر الطبيعي من نسبة الربح الى المال ولم نذكر [العمل] لانه لاعمل عندهم هنا .

(أو نقصان الخسارة كذلك) لانه قد سبق في بعض المسائل السابقة ان الخسارة تابعة للمال ، فاذا بطل العقد بطل الشرط و رجع أمر الخسارة الى حالتها العادية ، لكن ربما يقال : انه اذا دخل أحد الشريكين على ان لا يكون عليه خسارة فهو مغرور من قبل الشريك الاخر والمغرور يرجع الى من غر،[1] وان صار الغار مجنوناً أو ما أشبه، كما اذا قدم طعام غيره اليه باعتبار انه من نفسه وبعد ذلك جن الغار كان غرره في ماله ويؤيده قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده .

(واذا تبين بطلان الشركة فالمعاملات الواقعة قبله) قبل تبين البطلان (محكومة بالصحة) فيما اذا كان للشريك حق الاذن، اذ الصحة مبينة على الاذن فاذا لم يصح الاذن لم تكن صحة.

---

(١) الوسائل : ج/١٢ ص ٢٦٦ الباب ١٢ من أبواب عقد البيع وشروطه ح/٢ .

ويكون الربح على نسبة المالين لكفاية الاذن المفــروض حصوله نعم لو كان مقيداً بالصحة تكون كلها فضولياً بالنسبة الى من يكون اذنه مقيداً ولكل منهما اجرة مثل عمله بالنسبة الى حصة الاخر اذا كان العمل منهما

(ويكون الربح على نسبة المالين) والعملين اذا عمل كل منهما لماذكرناه مكرراً من أن الربح تابع لكليهما لا للمال فقط (لكفاية الاذن المفروض حصوله) اما قول المستمسك: ان الشركة العقدية نفس الاذن بالتصرف، فقد تقدم سابقاً الاشكال فيه، ولا يخفى نوع تدافع في كلام المصنف، اذ لو أن ضمير [قبله] كان عائداً الى [التبين] كما فسرناه مما لازمه [البطلان قبل التبين] لم يكن اذن فانه اذا مات أوجن ـ كما هوموضوع كلام المصنف[ره] ـ لم يكن اذن، فقوله: [لكفاية الاذن] لا يناسب [قبله]وان كان ضمير [قبله] عائداً الى [البـطلان] لم يكن وجه لقوله: [للكفاية] اذ قبل البطلان العقد باق، فالمعاملات صحيحة للعقد لا للاذن المجرد عن العقد.

(نعم لو كان) الاذن (مقيداً بالصحة) فلا اذن من الشريك لو لم يكن العقد صحيحاً (تكون) تلك المعاملات الواقعة بعد بطلان العقد (كلها فضولياً بالنسبة الى من يكون اذنه مقيـداً) الظاهر عدم الحاجة الى هذا القيد، لان الشريك الذي أجرى المعاملة لا يكون الامر بالنسبة اليه فضولياً، وانما تكون بالنسبة الى الطرف الاخر وكأنه قيد توضيحي.

(و) حيث ارتفع العقد وكان العمل بالاذن، أوفضولياً بأجازة متأخرة كان (لكل منهما اجرة مثل عمله بالنسبة الى حصة الاخر اذا كان العمل منهما) فيما

وان كان من أحدهما فله اجرة مثل عمله .

اذا كان للاخر ربح بقدر الاجرة أو أكثر منها، أما اذا لم يكن ربح أصلا، أو كان أقل من اجرة العمل ففي صورة الاذن لا شيء للعامل، اذ لا ربح لانه دخل على ذلك فالعامل هو الذي أهدر عمله، لقاعدة ما لا يضمن، واذا كان ربح أقل من الاجرة كان له ذلك الاقـل ، لانه دخل على ذلك ، فمن أين يكون للعامل أكثر من الربح، وفي صورة الاجازة يرجع استحقاق العامل للاجرة الى قصد المجيز ـ بعد لزوم عدم قصد العامل التبرع ـ اذ لو قصد العامل التبرع بعمله لم يكن له شيء.

أما اذا لم يقصد ، فاذا أجاز المالك المعاملة بقصد اعطاء الاجرة كان عليه الاعطاء، والا فان عد ذلك حقاً عرفاً كان له بمقتضى: لا يتوى حق امرء مسلم ونحوه، كما هو كذلك في كل فضولي فاذا باع زيد دار عمرو فضولة فأجازه المالك ان عد ذلك حقاً له، لانه عمل استوفاه المجيز، سواء ربح في الدار ام لا ؟ كانت عليه الاجرة والا لم يكن عليه شيء، لان البيع لم يكن باجازته، و لا دليل على ان الاجازة بعد ذلك توجب عليه حقاً.

ومنه يعلم الكلام في قوله : (وأن كان) العمل (من أحدهما فله أجرة مثل عمله) لاطراد الكلام في عملهما الى عمله أيضاً.

مسألة ـ ١٣ ـ اذا اشترى أحدهما متاعاً وادعى أنه اشتراه لنفسه وادعى الاخر أنه اشتراه بالشركة فمع عدم البينة القول قوله مع اليمين لانه أعرف بينته كما أنه كذلك لو أدعى أنه اشتراه بالشركة وقال الاخر أنه اشتراه لنفسه فأنه يقدم قوله أيضاً لانه أعرف ولانه أمين .

(مسألة ـ ١٣ ـ اذا اشترى أحدهما) أحد الشريكين في الشركة العقدية، أو كان كل منهما مأذوناً من الاخر في التصرف في المال المشترك بالمزج أو الارث ، أو ماأشبه (متاعاً وادعى انه اشتراه لنفسه ، وادعى الاخر أنه اشتراه بالشركة) بأن كان الاختلاف في انه قصد،اى الامرين (فمع عدم البينة) للاخر (القول قوله) قول المشتري (مع اليمين) لانه منكر، وكان مقتضى القاعدة ان يعطف قوله : (لانه اعرف بينته) بالواو لانه دليل آخر، ولاحاجة لاحد الدليلين الى الاخر.

و كيف كان ، فقد ذكرنا في [كتاب المضاربة] وجه الاستدلال بقاعدة [اعرف بنيته] و انها قاعدة عقلائية امضاها الشارع حتى فيما اذا كان مقتضى القاعدة الاولية، لان يكون عليه البينة لكونه مدعياً، فاذا جرت القاعدة يكون القول قوله بدون البينة.

(كما انه كذلك لو ادعى انه اشتراه بالشركة ، وقال الاخر انه اشتراه لنفسه) وكذلك اذا قال: انه اشتراه لموكله، وقال الاخر : بل اشتريته للشركة أوعكس ذلك فان القول قوله لاقول الطرف الاخر .

(فأنه يقدم قوله أيضاً لانه اعرف) اشارة الى قاعدة ما لا يعرف الامن قبله.

(ولانه أمين) وليس على الامين الااليمين[1]، كما جاء به الفتوى المستفادة

---

(١) انظر المستدرك : ج ٣ ص ٤٩٩ الباب ٥ من الصلح .

من النصوص ، واشكال المستمسك في كلية سماع قول الأمين غير ظاهر الوجه ولذا لم أجد حتى معلقاً واحداً من الذين ظفرت بتعليقاتهم على كثرتهم اشكل على المصنف .

ثم ان المصنف [ره] لم يذكر جملة من المسائل المذكورة في كتب الفاضلين والشهيدين وشروحها ونحن نذكر بعضها ، والله المستعان .

مسألة ـ ١ ـ لو باعابثمن واحد أوعملا باجرة واحدة ، أوظفرا بما جعل له معاً أو ما أشبه ذلك ، فاعطى الطرف لكل منهما قدر حقه فلاشركة ، اذ له ذلك ، فاذا أعطى احدهما قدر حقه ولم يعط الاخرلم يكن الاخر مشتركاً مع الاول فيما اعطى ، وان أعطى احدهما قدرحقه واكثر للاخر بدون تميز صارا فيه مشتركا حسب الحصة .

مثلا: كانت اجرتهما عشرة فاعطاه ستةخمسةلهوواحدألشريكهصارشريكاً له بالسدس على نحو الكسر المشاع، لا الكلي في المعين لانالشركة تقتضي الكسر المشاع،اذلا اولوية لانيكون التلف من احدهمامن آثار الفرق بين الكسر والكلي وهل للمالك ان يقول: واحد لشريكك على نحو الكلي في المعين ؟ احتمالان ، لايبعد ذلك ، لما عرفت من ان التعيين بيده ، فاذا قبل الاخذتم ، اذ الحق لايعدوهما .

نعم، يحتاج الامر أما الى قبول الشريك الاخر اذا لم يكن الاخذ وكيلا، أو مأذونا عنه في التصرفات التي منها ذلك ، فاذا قبل الثلاثة بذلك فتلف لم يذهب من كيس الشريك الا اذا تلف أكثر من الخمسة ، حيث الزائد من كيس الشريك أما اذا اعطى كل المال لهما ، أولاحدهما فيماكان مأذونا من الطرف فهذا المال يصبح مشتركاً بينهما .

قال في القواعد :لو باعا بثمن واحد أوعملا باجرة واحدة تثبت الشركة سواء تساوت القيمتان ، أواختلفتا ولكل منهما بقدر النسبة من القيمة .

....

أقول : قد صرح بثبوتهـا فيما اذا عملا باجرة واحدة الشرائع والمسالك ولايخفى ان وجه الشركة ماتقدم من تعلق حقهما بهذا المال ولا امتياز فلا يمكن غير الشركة فانها أمر عقلائي قرره الشارع اذ لم يردع عنه كما ان وجه النسبة ماذكره مفتاح الكرامة من لزوم اعطاء كل ذي حق حقه وكان الاولى أن يعلله بأن حق كل منهما في هذا المال لا ازيد من حقه ، اذ الاعطاء فرع الثبوت ، فالتعليل بالاعطاء ممالاينبغي ،وطريقة النسبة واضحة بأن ينسب قيمة مال احدهما أو عمله الى مجموع القيمتين وتؤخذ بتلك النسبة من الثمن والاجرة ، ويضاف على ذلك ما زاد لاجل الجمع اذا كان الجمع يوجب الزيادة سواء تساوت الزيادة أو اختلفت مثلا: صنع كل واحد من النجارين مصرع باب وباعاهما بعشرة ، بينما قيمة ماصنعه ثلاثة فقط فانه يعطي خمسة لزيادة الاثنين بسبب الاجتماع ، ومثال عدم التساوى ما أذا صنع احدهما القفل ، والاخر المفتاح فاضاف الاجتماع على ثلاثة القفل واحداً ، وعلى واحد المفتاح اثنين ـ مثلا ـ حيث يعطي الاول أربعة ، والثاني ثلاثة فيما اذا اشتراهما المشترى سبعة ، الـى غير ذلك من الامثلة ، وكذلك في الأجرة ، فاذاكان بناء نصف الدار الاسفل بمائة ونصفها الاعلى بخمسين ، واذا بناها كاملة بمأتين وعشرة بحيث ثلثا الستون الزائد للاول ، وثلثه للثاني ، فأخذها بماتين وعشرة ، وعمل الاول ثم الثاني كان للاول مائة وأربعون ، وللثاني سبعون، بينما اذا استأجر الاول اعطاه مائة وبعده استأجر الثاني يعطيه خمسين .

قال في التذكرة : اذا اشترك الصانعان فيما لامثل له كالثياب وحصل المزج الرافع للامتياز تحققت الشركة وكان المال بينهما فان علمت قيمة كل واحد منهما

كان الرجوع الى نسبة تلك القيمة والا تساوياً عملا باصالة التساوي .

أقول : اذا قلنا بحصول الشركة بمثل هذا الاشتباه كان لـه ثلاث صور : تساوى القيمة ، واختلافهما مع وضوح ان لايهما الاقل أومع اشتباهه ، وعدم العلم بالتساوي أوالاختلاف ، ففي الاول والاخير يقسم المال بينهما بالتساوي وفي الشق الاول من الوسط يكون لكل حقه ، وفي شقه الثاني كان مقتضى قاعدة العدل تنصيف المجهول مثلا : علم ان الثوب الاحمر قيمته مائة والابيض قيمته ثلاثون ، ولم يعلم أيهما لزيد ، وأيهما لعمرو ، اعطى كل واحد ثلاثين ، لان له هذا قطعاً أما السبعون الباقي فهو بينهما فاللازم تنصيفه بينهما لانه لاترجيح وتكون النتيجة التنصيف ،ومثله اذا علم ان الاحمر لزيد والابيض لعمرو ، لكن لم يعلم هل بيع الاحمر بمائة اوالابيض وبيع الاخر بثلاثين .

ومن ذلك تعرف ، وجه النظر في كلام القواعد قال : واذا تميز عمل الصانع عن صاحبه اختص باجرته ، ومع الاشتباه يحتمل التساوى والصلح ، وقد تقدم عن التذكرة التساوى بدون ذكر الصلح .

ومنه يعلم ، عدم الوجه للقرعة كما عن مجمع البرهان ، اذ لامشكل بعد قاعدة العدل ، ويأتي الكلام الذي ذكرناه في الشركة في الوصية والوقف والهبة والاجارة والجعالة وغيرها، فاذا أوصى لهما بهذه الصبرة أووهبها لهما أوجعلها اجرة أوجعالة عملهما ، أو وقف هذه الارض لهما تساوياً ، وان شك في انه جعل تفاوتاً أولا، كان الاصل العقلائي التساوي ولوعلم بالتفاوت لاحدهما الثلث

وللاخر الثلثين ولم يعلم ان أيهما جعله لايهما كانت القاعدة تقسيمه بينهما بالسوية لعدم المرجح ، والقرعة وان كانت ممكنة الا ان الشارع اسقطها في الدرهمين وارث الخنثى وغيرهما من الموارد المتعددة مما يفهم منها ضرب القاعدة وأقله انها عقلائية لم يردع عنها الشارع .

(مسألة ـ ٢ ـ) ليس لاحد الشريكين بعد ان فسخ العقد مطالبة الشريك الاخر باقامة رأس المال ، كما عن المبسوط و الوسيلة و جامع الشرائع و التذكرة و التحرير و الارشاد وجامع المقاصد و الروض ومجمع البرهان و الكفاية وذكره الشرائع والقواعد وشراحهما ، واستدل له في مفتاح الكرامة و غيره. بالاصل السالم عن المعارض و بأنه تكليف فيحتاج الى الدليل و فيه ان دليله الثاني هو الدليل الاول وليسا بدليلين .

و من ذلك يعرف ، انه لو كان عند الفسخ نقداً لم يكن لاحدهما مطالبة الاخر تبديله الى المال الاولى لو كان عند الشركة مالا ، كما اذا عقدا عقد الشركة في مال ممزوج ثم تصرفا فيه بأن جعلاه نقداً ولو شرط احدهما عند العقد أو الامتزاج ارجاع رأس المال بعد الفسخ أو جعله نقداً فيما كان مالا أو مالا في ما كان نقداً لم يلزم الشرط ، لانه في ضمن عقد جائز ، و قد سبق انه لايلزم .

نعم ، لو جعلا الشرط في ضمن عقد لازم لزم ، فاذا لم يفعله المشروط عليه الزم ، وان لم يمكن الزامه جاز أخذ الحاكم من ماله لاجل التحويل المذكور اذا احتاج الى المال ، وهل يجوز جعله ملكاً لمن لم يعمل بالشرط و الاخذ من ماله حسب الشرط ، مثلا : اشتركا في مائة دينار مشروطاً ، وعند الفسخ كان قد تحولت الدنانير الى دهن ، و لما لم يبد له الى دنانير يأخذ الحاكم من دنانير المشروط عليه ويعطيه للمشروط له و يجعل بدله للمشروط عليه الدهن

الذي بينه وبين المشروط له ؟ احتمالان ، من الاصل ، ومن انه حقه فله انقاذه منه بكل وجه والثاني أقرب ، و لو اختلفا في انه هل كان شرطاً في ضمن عقد لازم فالقول قول المنكر مع يمينه اذا لم يكن للمدعى بينة ـ كما هي قاعدة كل نزاع ـ و لو باع أحد الشريكين المال ، ثم ادعى انه لم يقبض الثمن أو قبض حصة نفسه فقط كان القول قوله مع حلفه ، لانه أمين ، وان قال المشتري بل اعطاه كل الثمن أو اعطاه بعضه لهما لا له فقط كان الاصل مع الشريك في الاول لاصالة عدم اعطائه أزيد مما يدعيه الشريك .

أما في الثاني : فهل المرجع التحالف أو القول قول المعطي لقاعدة مالا يعرف الامن قبله ؟ احتمالان ، و لو باع الشريكان سلعة صفقة ، ثم استوفى أحدهما شيئاً شاركه الاخر فيه ، كما ذكره العلامة في القواعد والتذكرة ونقل عن الشيخ و المحقق و الشهيدين و غيرهم ، و ذلك لانه المنصرف من اعطاء المشترى اذا لم يكن دليل على خلافه ، و هذا هو المشهور ، بل أدعى عليه الاجماع ، وحيث ان المسألة مرتبطة بكتاب الدين نتركها لذلك الكتاب .

نعم ، يبقى الكلام في ما ذكره القواعد من انه لو تعددت الصفقة فلا مشاركة اذ لم يعرف فرق بين وحدة الصفقة وتعددها بعد كون المال المبيع مشتركاً فاذا كان مال ممزوج لزيد و عمرو فباع احدهما نصفه لبكر ، ثم باع الاخر لبكر فدفع بكر لاحدهما كل ثمن ما اشتراه منه أو بعضه لم يكن وجه لعدم كون نصفه الاخر للشركة ، فان المال لما كان مشتركا كان ما يعطي بازائه مشتركاً

أيضاً ، كما ان الحكم كذلك لو كان المشتري من أحد الشريكين ، أو من كليهما متعدداً لوحدة العلة التي ذكرناها في الجميع ، و من المستبعد جداً ان يريد القواعد بيع كل شريك الشيء الخاص به فراجع كلامه .

ولو باع زيد مال نفسه لعمرو وباعه خالد كذلك فاعطى المشتري نقداً بعنوان انه لهما اشتركا فيه اذا قبلا ، و ان لم يقبلا كان عليه اعطاء ثمن كل واحد لنفسه مجزءاً ، اذ مقتضى تسلط الناس على أموالهم[1] ان لهم الحق في ان لايشتركا فارادة المشتري تشريكهما في ما يدفع غير نافذة ، أما اذا باعاه مالا مشتركاً فأراد ان يعطي حصة احدهما لم يكن لهما ان يقولا لانقبل الا اعطاء الثمن مشتركاً اذ تسلط المشتري على ماله يجعله مخيراً في ان يعطي بعنوان الشركة أو بعنوان الفردية .

ومنه يعلم ، انه لو كان المال المشترك متساوياً، وثمنه مائة فاعطى المشترى ستين منه فله ان يجعله لهما بالسوية، أو بالتفاوت، اذ لايجبر المشتري بأحد القسمين من الاعطاء حيث انه خلاف سلطنته على ماله، كما ان له ان يعطيها بقصد المساوات فيما اعطى ، وان كان حقهما في المال المشترك مختلفاً ، كما لو كان لاحدهما ستون في المائة ، و للاخر أربعون فاعطى خمسين بقصد أن يكون لكل منهما نصف الخمسين ، و لو اعطى المشتري الذى اشترى المال المشترك صفقة أو صفقتين من أحدهما ، أو من كليهما بعض الثمن كانا شريكين فيه الا اذا نوى المشترى اعطاء حصة احدهما ، ولم تنفع نية المستوفي ان الذي يأخذه له فقط

(١) بحار الأنوار : ج/٢ ص ٢٧٣ .

....

أو لشريكه فقطأولهما، وذلك لان كل جزء جزء مشاع عند الاعطاء ولادليل على تأثير نية الاخذ في عدم الاشاعة ، و لذا قال الشرائع : اذا باع الشريكان سلعة صفقة ثم استوفى احدهما منه شيئاً شاركه الاخر فيه .

قال في الجواهر : ولو كان الاستيفاء بنية انه له .

أقول : ولاخصوصية لبيعهما صفقة ، ولذا لم نقيد المسألة بذلك ، وكان المحقق ذكر ذلك من باب المثال .

وكيف كان ، فيدل على ما ذكرناه بالاضافة الى انه وفق القاعدة جملة من الروايات .

مثل مرسل أبي حمزة قال : سأل أبو جعفر عليه‌السلام ، عن رجلين بينهما مال منه بأيديهما ، ومنه غائب عنهما فاقتسما الذي بأيديهما وأحال كل منهما نصيبه من الغائب فاقتضى احدهما ولم يقتضى الاخر ؟ قال: ما اقتضى احدهما فهو بينهما ما يذهب بماله .(١)

ومثله خبرغياث، عن جعفر، عن أبيه ، عن على عليهم‌السلام ، الا انه قال: ما اقتضى أحدهما فهو بينهما ، وما يذهب بينهما .(٢)

وكذا خبر محمد بن مسلم ، عن أحدهما ،(٣) و خبر معاوية بن عمار(٤) .

---

(١) الوسائل : ج/١٣ ص ١٧٩ الباب ٦ من أبواب أحكام الشركة ح/١ .
(٢) الوسائل : ج/١٣ ص ١٧٩ الباب ٦ من أبواب أحكام الشركة ذيل الحديث ١ .
(٣) الوسائل : ١٣ ص ١٧٩ الباب ٦ من أبواب أحكام الشركة ح/١ .
(٤) الوسائل : ج/١٣ ص ١٧٩ الباب ٦ من أبواب أحكام الشركة ذيل الحديث ١ .

وفي خبر عبدالله بن سنان ، عن أبي عبد الله عليه السلام، سألته عن رجلين بينهما مال منه دين ، ومنه عين فاقتسما العين والدين فسوى الذي كان لاحدهما من الدين أو بعضه ، وخرج الذي للاخر أيرده على صاحبه؟ قال: نعم ما يذهب بماله .[1]

وفي الدعائم ، عن أبي عبد الله عليه السلام ، انه قال: في الشريكين اذا افترقا واقتسما ما في ايديهما، وبقي الدين الغائب فتراضيا ان صار لكل واحد منهما حصته في شيء منه فهلك بعضه قبل ان يصل؟ قال عليه السلام : ما هلك فهو عليهما معاً، ولا يجوز قسمة الديـن.[2]

ولا يخفى انه لايمكن الاستدلال بهذه الاخبار لعدم امكان تقسيم الدين اذ الاربعة الاولى منها لادلالة فيها لقوله: فيها، ومنه [غائب] والغائب غير الدين و الخامسة محتملة ، اذ تقسيـم الدين انما يكون مقيداً بتحصيله كله ، فاذا نوى بعضه لم يكن التقسيم جارياً، ويكون مالايتوى بينهما.

أما خبر الدعائم فهو ضعيف لا يمكن اثبات الحكم به بعد كون الحكم مطابقاً لقاعدة السلطنة ، و بذلك ظهر انا لانرد الاخبـار المتقدمة بالضعف و الارسال كما فعله صاحبا المسالك ومجمـع البرهان كيف وهي حجة خصوصاً خبر سليمان بن خالد الصحيح ، كما ظهر ان ما ذكره مفتاح الكرامة بموافقة ذلك للقواعد واصول المذهب، لان المال في ذمم الغرماء مشترك ، كما هو

(١) الوسائل : ج/١٣ ص ١٨٠ الباب ٦ من أبواب أحكام الشركة ح/٢ .
(٢) المستدرك : ج/٢ ص ٥٠٠ الباب ٥ من أبواب أحكام الشركة ح/١ .

....

التقدير، غير مقسوم، لان ما في الذمم غير مقبوض ولا متعين حتى تصح قسمته ولا دليل على لزوم قسمته كذلك، مع ان الاصل عدمه، مضافاً الى الاصل بمعنى الاستصحاب ـ انتهى.

غير ظاهر الوجه اذ القاعدة تقتضي تسلط الناس على أموالهم[1] عيناً أو ديناً فاذا كان لزيد في ذمة عمرو وبكر مائة دينار في ذمة كل نصفه ومات وورثه ابناه فجعل كل منهما ماله في ذمة أحد الغريمين رأى العقلاء ذلك حقاً لهما لا فرق بين تقسيمهما المائة اذا كانت خارجية، وبين ذلك اذا كانت ديناً، ولا دليل على ان الشارع رفض ذلك فلا أصل ولا استصحاب ولا قاعدة ولا حاجة الى القبض و التعين أكثر من ذلك .

نعم، ان كان اجماع في المسألة غير محتمل الاستناد كان اللازم العمل به، ولا يخفى ان ما ذكرناه غير المحكي عن ابن ادريس من اختصاص كل من الشريكين بما يستوفيه من حقه ، و لا يلحقه الاخر فيه ، اذ ذلك خلاف الشركة ، فان الشريك لايحق له التصرف في المال المشترك ديناً أو عيناً الا بموافقة الشريك، وان استدل له في الجواهر بأدلة تسعة، وقواه جامع المقاصد لقوة ومتانة بعض تلك الوجوه ، ونقله عن المختلف ، وحيث ان الكلام في ذلك راجع الى باب الدين نكله الى محله ، و من شاء التفصيل فليرجع الى الجواهر ومفتاح الكرامة.

---

(١) بحار الأنوار : ج/٢ ص ٢٧٣ .

(مسألة ـ٣ـ) قد ذكرنا بعض مسائل القسمة في كتاب [القضاء] و نذكر هنا بعضها تبعاً للاصحاب فنقول القسمة هي تميز الحق لكل شريك من غيره وهي أمر عقلائي امضاه الشارع وليست بيعاً ولا صلحاً ولا غيرهما، سواء كان فيهارد أولم يكن فلا يترتب عليها أحكام تلك العناوين، وهذا هو المحكي عن الشيخ والفاضلين والشهيدين وغيرهم.

بل في الجواهر: لاخلاف أجده فيه ولا اشكال، فليس فيها خيار الحيوان والمجلس والشفعة ولا تبطل بالتفرق قبل القبض ولا يلزم العلم بالمقدار فلو كانت صبرة لايعلم قدرها صح تقسيمها بين الورثة، وان لم يعلم كل كم صار نصيبه منها ولا يلزم التقسيم الكامل بين نفرين ، ولا أصل التقسيم بالنسبة الى بعض الشركاء اذا كانوا جماعة أي يصح تقسيم بعض المشترك ، كما يصح تميز حق بعض المشتركين ، فلو كان اثنان بينهما شركة في صبرة يصح ان يقسما بعضها ويبقى بعضها الاخر مشتركاً بينهما، واذا كان أربعة شركاء صح تقسيم المال الى قسمين كل قسم لاثنين منهم ، كل ذلك لاطلاق الادلة ، بل لا يظهر الخلاف في كل ذلك ثم القسمة اذا كانت قسمة اجبار لم تحتج الى رضاية الشركاء.

أما اذ لم تكن قسمة اجبار فلا تكون الا باتفاق الشركاء، كما ذكره غير واحد بل في الجواهر بلاخلاف أيضاً، ولااشكال للاصل، بل الاصول وهي اصالة عدم

جوازالتصرف في مال الناس الاباجازتهم لدليل السلطنة[1] وغيرها، واستصحاب عدم حصول القسمة بدون رضاهم، واصالة: لايتوى حق امرء مسلم[2]، حيث ان الشركة حق الى غير ذلك.

أماقسمة الاجبار فهي ماإذا طلب بعض الشركاء ولم يكن ضرر على الشريك الاخر، أو كان ضرر ان متقابلان فانهما يتساقطان، ويقدم حق سلطنة الانسان في ماله ، حيث ان دليل السلطنة حاكم بأن للمالك حق الشركة وحق الافراز.

قال في الشرائع : ويجبر الممتنع مع التماس الشريك القسمة.

وقال في الجواهر: بلاخلاف اجده فيه، بل الظاهر الاتفاق عليه ولعله العمدة بعد قاعدة وجوب ايصال الحق الى مستحقه مع عدم الضرار والضرار.

أقول: جعل العمدة الاجماع محل نظر، بل العمدة ما ذكرناه ، كما ان اطلاق استثناء الضرر محل نظر، اذ قد تقدم ان ذلك اذا لم يكن معارضاً بضرر غير مريد القسمة ، بل ينبغي أن يستثنى ما اذا كان دليل السلطنة بالنسبة الى المورد أقوى من دليل الضرر بالنسبة الى مورد الضرر فيقدم الاول، لقاعدة الاهم والمهم.

كما اذا كان يتضرر عدم مريد القسمة ديناراً فيما كان مريد القسمة يريد انقاذ ماله الذى يسوى عشرة آلاف دينار غاية الامر ان يقال : بتحمله نصف ضرر

---

(١) بحار الأنوار : ج/٢ ص ٢٧٢ .

(٢) المستدرك : ج/٣ ص ٢١٥ الباب ٤٦ من أبواب نوادر الشهادات ح/٥ .

الطرف اذ لاوجه لتضرر كل الدينار .

ثم الاقتسام يكون بتعديل السهام بالاجزاء في متساوى الاجزاء كيلا، أووزناً أوزرعاً ، أوعداً ، فيوزع الشيء بعدد الانصباء، ويقرع بين الشركاء ان تشاحوا فقال: كل واحد يريد هذا لانها لكل أمر مشكل واطلق غيرواحد القرعة، لكن ربما يقال: انه لاحاجة اليها:

بل الحاكم الشرعي يفصل ، اذ ليس ذلك مشكلا بعد تساوي الاقسام ، فاذا كان وسقان من حنطة فوزع نصفين فلاحق لاى منهما ان يصر على انه يريد هذا القسم دون ذاك بعد عدم فارق بينهما اطلاقاً.

و ان اختلفت الاجزاء كالارض والدور و الحيوان لوحظت القيمة في التقسيم.

والظاهر انه لافرق بين كتابة اسماء الشركاء اوالسهام، مثلا كانت للمورث داران متساويتان قيمة فقد يكتب على ورقة اسم زيد، وعلى اخرى اسم عمرو ويشار الى دار ويقال : ان من خرج اسمه فهذه الدار له .

وقد يكتب على ورقتين اسم الدارين ويشار الى زيد ويقال : ان مايخرج أو لامن اسم احديهما فهي لـزيد، واذا اختلفت الاقسام فكانت صبرة لاحدهم نصفها وللثاني ثلثها، وللثالث سدسها، وزعت ستة أقسام على ستة أوراق ، فما يخرج أو لامثلا لصاحب النصف، أو لصاحب الثلث، أو لصاحب السدس.

فاذا قيل : انه لصاحب النصف أخذه وكان له سدسان اخران ، وان قيل :

انه لصاحب الثلث أخذه، وكان له سدس آخر، وان قيل لصاحب السدس أخذه ولاحق له، وانما يبقى خمسة أسداس لشريكيه، ويمكن العكس بأن تكتب اسامي الشركاء، و يقرر ان من خرج اسمه اولا، فله هذا السدس، فان خرج اسم صاحب السدس انتهى امره.

والاالقي الثلاثة في الكيس مرة ثانية، ويقرر ان من خرج اسمه فله السدس الثاني الى ان تتم القسمة، وهل هناك حاجة الى رضى الشركاء بعد القسمة ؟ احتمالات: عدم الاحتياج مطلقاً، والحاجة مطلقاً، والتفصيل بالحاجة في ماذا كان القاسم احدهما او المنصوب من قبلهما وعدم الحاجة اذا كان من قبل الحاكم.

استدل للاول: بأنه اذا كانت القسمة برضاهما لادليل على بقاء الاشتراك، فلماذا يحتاج الامر الى رضى آخر بعد القسمة، واذا لم تكن القسمة برضاهما لم تكن قسمة وبقيت الاشتراك، هذا بالاضافة الى انه لوضربت القرعة لتشخيص حق كل واحد كان ظاهر القرعة لكل أمرمشكل ان بعد القرعة لااشكال ممايفهم عرفاً منه تميز حق كل احد عن حق الاخر فلاشركة، والى ماروره في كتاب الصلح من قوله عليه السلام في رجلين لم يعرف كل منهما كم له عند صاحبه فقال: كل واحد منهما لك ماعندك ولي ماعندي [لابأس اذا تراضيا وطابت انفسهما] فان فحواه يشمل المقام، بل والى عموم سلطنة الناس على اموالهم[1]، حيث ان

---

(١) بحار الأنوار: ج/٢ ص ٢٧٢.

الرضى بالقسمة يعطى السلطنة لكل شريك على المال الذى رضى به ، فلايبقى مجال لتصرفهما في كل الاموال ، اذ قد خرج سهم كل عن سلطنة الاخر ، الى غير ذلك من المؤيدات .

واستدل للثاني: باصالة بقاء الاشاعة ان لم يحصل رضى بعد القسمة، ولذا حكى الجواهر عن المشهور ـ على ماقيل ـ الاحتياج الى الرضا بعد القرعة ، خصوصاً فى قسمة الرد لاشتمالها على المعاوضة المتوقفة على مايدل على الرضا بذلك، وبأنه خلاف سلطنة الناس على اموالهم، فانه ان لم يرض بالقسمة سواء قبل القرعة او بعدها لم يصح التصرف فى ماله المشترك بالنسبة الى الطرف الاخر، وبأن القسمة كالمعاوضة، ولاتصح المعاوضة الا بالرضا .

وفي الكل ما لايخفى ، فان أدلة القول الاول لاتدع مجالاللاصل والشهرة فيه ولذا نسبها الجواهر الى النقل .

وقد تقدم ان الرضا السابق بالقسمة اذا لم يتوافقابعد القسمة على الاشتراك يكون الاشتراك خلاف قاعدة السلطة ، فهي مع القول الاول ، لامع القول الثاني ، و القسمة بدون الرد ليست معاوضه ، بل افراز الحق ، و قد فرض رضاهما به .

أما القسمة مع الرد فالرد ، وان كان معاوضة بالنسبة الى مقدار الرد، الا

ان الرضا الاول كاف ، فانه يشمله [عن تراض منكم][1] وقوله عليه السلام : [الا بطيبة نفسه][2] الى غير ذلك .

ووجه التفصيل بأن القاسم اذا كان منصوباً من قبل الحاكم لم يصح عدم اتباع عمله ، لان الحاكم وضع للفصل بين الناس ، فعدم اتباعه نقض الغرض بخلاف غير منصوب الحاكم ، فان الادلة المذكورة في القول الثاني تقتضي الاحتياج الى رضى بعد القسمة ، وفيه ما تقدم من الاشكال في أدلة الثـاني .

(١) سورة النساء : الآية ٢٩ .
(٢) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٦ .

(مسألة ـ ٤ ـ) قد تقدم الكلام فيما اذا كانت القسمة توجب الضرر في الجملة فنقول : ان الضرر على قسمين :

الاول : ما كان الضرر من جهة التفريق ، كما اذا كان مصراعاً باب فأراد احدهما أخذ مصراعه مما يوجب نقص القيمة على كل منهما .

الثاني : ما كان الضرر من جهة الاسراف ، كما اذا كان المشترك جواهراً تنقص قيمته بالعكس .

أما الكلام في الاول : فقد تقدم مقتضى القاعدة فيه .

و أما الكلام في الثاني : فالظاهر ان حرمة السرف تقف دون تنفيذ ارادة الشريك الطالب للقسمة ، لان الناس مسلطون على أموالهم(١)، لا على أحكامهم.

وظاهر الشرائع المنع في الضرر مطلقاً ، حيث قال : و كل ما فيه ضرر عليهما كالجوهر والسيف والعضائد الضيقة لايجوز قسمته : ولو اتفق الشركاء على القسمة ـ انتهى .

واستدل الجواهر له بنفي الضرر والسرف والنهي عن تلف المال في غير الغرض الصحيح .

أقول : قد يكون الكلام في الحكم التكليفي أي الجواز و عدمه ، و قد يكون الكلام في الحكم الوضعي ، أي صحة القسمة وعدمها .

أما الثاني : فلا وجه لاحتمال عدم الصحة حتى في صورة السرف ، كما

---

(١) بحار الأنوار : ج/٢ ص ٢٧٢ .

اذا كان الجوهر يسوى ألفاً وبعد تقسيمه نصفين يسوى عشرة فانه لاوجه للاشكال في اختصاص كل نصف منه باحدهما بعد ان رضيا بذلك .

ولعل قول المحقق [لايجوز] اشارة الى ذلك ، أي الى الحكم التكليفي فقط أي يحرم ، لاالحكم الوضعي ، أي لايصح ، واذ تبين الكلام في الحكم الوضعي نقول : الضرر على قسمين : ضرر منهي عنه للشارع كان يتلف الانسان ماله بدون وجه عقلائي و هو المسمى بالسرف و التبذير ، و هذا القسم محرم .

وضرر غير منهي عنه للشارع ، و انما حرم اضرار انسان بآخر فيما اذا لم يرض ذلك الانسان باضراره به ـ مما لايعد سرفاً وتبذيراً ـ وذلك مثل عدم بيع الانسان ماله حتى تتنزل قيمته ، فانه ضرر ، لكنه غير محرم ، و ما نحن فيه من قسمة مصراعي الباب ونحوه من هذا القبيل .

و لذا قال في محكى الدروس : و لو تضرر أحد الشريكين دون الاخر اجبر غير المتضرر بطلب الاخر دون العكس .

و قال في الجواهر عند قول المحقق : المتقدم [و لو اتفق . . .] فيه انه مناف لقاعدة : تسلط الناس على أموالهم (١) ، والسفه قد يرتفع بالغرض الصحيح ـ انتهى .

ثم انه لاشك في صحة قسمة المهايات ، أي قسمة المنفعة بالاجزاء أو بالزمان

---

(١) بحار الأنوار : ج/٢ ص ٢٧٢ .

. . . .

كان يسكن هذا الدار سنة والاخر سنة ، أو يسكن هذا في حجرة منها ، و ذاك في حجرة اخرى ، أو يؤجر هذا هذه الغرفة وذاك الغرفة الاخرى، الى غيرها من الامثلة ، اذا رضى الشركاء بذلك، لان الحق لايعدوهم،ولانه مقتضى سلطنتهم على أموالهم[1] .

أما اذا لم يرض بعض الشركاء بذلك لم يجبر الاخر للاصل، وانما لمريد المهايات حق الجبر بالقسمة كما تقدم ، ولو رضيا بالمهايات ، فان جعلاه ضمن عقد لازم لزمت ، وان رجع احدهما عن كلامه لما ذكرناه في باب الشرط من انه يقتضى الوضع ، وان لم يجعلاها ضمن عقد لازم وفسخ أحدهما قبل الاستيفاء انفسخت ، اذلادليل على لزومها ، والاصل عدم اللزوم ، وليس ذلك عقداً حتى يقال : الاصل فيه اللزوم ، أما اذا فسخ احدهما بعد استيفاء احدهما حصته ، فهل يلزم عليه اجرة حصة الشريك ، كما في الجواهر أويجبر باستيفاء الاخر حصته أيضاً ، لانه استيفاء في قبال ذلك الاستيفاء ، احتمالان .

وان كان الثاني أقرب ، ولو اختلفت الاجرة في الزمانين ، مثلا كان وقت استيفاء زيد في السنة الاولى اجرة الدار مائة ، وفي السنة الثانية مائتين للتضخم أوخمسين للتنزل ،فهل حق الثاني الاستيفاء ، أونصف الاستيفاء في الاول وضعفه في الثاني أو يستوفى سنة مع اعطاء مائة للاول في الاول ، واخذ خمسين من

---

(١) بحار الأنوار : ج/٢ ص ٢٧٣ .

الاول في الثاني ، احتمالات ، القاعدة الاقتصادية تقتضى الثاني ، لان الاشياء بقيمها لابحجمها والافضل يقتضي الاول ، لان المبادلة وقعت ولاتتغير .

كما اذا استأجر الدارسنة كل شهرعشرة ، ثم صعدت الى كل شهرعشرين ـحسب التضخم ـ أو بالعكس نزلت الى كل شهر خمسة ـ حسب التنزل ـ

والاقرب في النظر اتباع القاعدة الاقتصادية ، والاصل لامجال له بعد الدليل ، وقد ذكرنا في كتاب [الفقه الاقتصاد] مايؤيد ذلك في مسألة الربـا والاجارة والوصية والوقف والنذروماأشبه ، واذاكانت قسمة العين توجب الضررالمحرم وطلبا التخلص ، أوطلب احدهما ، أوكان البقاء مبعث نزاع ونحوه حق للحاكم التدخل للفصل بالاقرب فالاقرب الى مقتضى سلطنة الناس على أموالهم ، مثل اجارته أو بيعه أوجعل المهايات الاجبارية أو ما أشبه، وذلك لايصال الحق الى صاحبه مهما امكن ، فانه لايتوي حق امرء مسلم ، والقطع دواء النزاع .

فعن الدروس انه ينتزعه الحاكم منهما مع التعاسر ويؤجره عليهما ان كان له اجرة جمعاً بين الحقين وصونا للمال عن التلف وجبراً للضرر .

قال في الجواهر ولعل ذلك من السياسات ، بناءاً على ان للحاكم ذلك ونحوه ، فله حينئذ بيعه عليهم مع كونه مقتضاها .

أقول : رلوأراد احدهما شرائه ، أو استيجاره دون الاخرقدم على الاجنبي

لان بعض المال له ، أما اذا أراد كلاهما ذلك لـم يبعِد القرعة ان لم نقل بأن للحاكم تقديم أيهما شاءٍ بدون القرعة للشك في اندراج مثله في المشكل الذي هوموضوع القرعة .

(مسألة ـ ٥ ـ) لايقسم الوقف ذرياً وخيرياً ، لان التقسيم خلاف مقتضى الوقوف حسب ماوقفها أهلها[1] ، الا اذا شرط الواقف ذلك في بعض الحالات حيث ان مثل هذا الشرط صحيح ، كمايفهم من النص والفتوى ، وقد علل عدم التقسيم في الشرائع بعلة اخرى، قال: لايقسم الوقف ، لان الحق ليس بمنحصر في المتقاسمين ، وتبعه في هذا التعليل القواعد قال : ولايصح قسمة الوقف لعدم انحصار المستحق في القاسم ، وان تغاير الواقف مع تغاير الموقوف عليه أوبدونه ، كان يقف أحد الشريكين في هذه البستان حصته على زيد وأولاده والاخر حصته عليهم ، أو على عمرو وأولاده .

أقول : اذاكان كل من الواقف والموقوف عليه متعدداً لم يكن وجه للمنع عن القسمة ، كما اذاكان شريكان في دارفوقف أحدهمانصفه على أولاده ، والاخر وقف نصفه على أولاده ، اذ لادليل على المنع لابالنسبة الى ما استدللنابه ، حيث ان التقسيم لاينافي النص المتقدم ، ولابالنسبة الى ما استدلا ، اذ عدم انحصار الحق في الطائفتين من الاولاد الحاضرين لايلازم عدم جواز التقسيم ، فان الملازمة لادليل عليها الامع اتحاد الواقف ، فانه يجعل حق البطون في كل جزء جزء ، بينما مع تعدد الواقف يجعل هذا حق بطنه في كل جزء جزء من نصفه فقط ، وكذلك يجعل الشريك الاخر .

ومنه يعلم ، صحة التقسيم اذا قسم نفس الواقف الواحد ، كما اذا كانت

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٢٩٥ الباب ٢ من أبواب الوقوف ح ٢ .

الدار لزيد فوقف نصفها على زيد وذريته ، ونصفها الآخر على عمرو وذريته اذالم يقصد النصف المشاع ، حيث انه اذا قصد ذلك كان التقسيم خلاف ارادة الواقف التي اجرى على طبقها الوقف .

ومنه يعلم ، النظر في اطلاق الجواهر حيث قال : ان الوقف متى كانت قسمته منافية لما اقتضاه الوقف باعتبار اختلاف البطون قلة وكثرة ونحو ذلك لم يجز قسمته ، أما اذا لم يكن كذلك كما في المثال ، بل فيما لو اتحد الواقف وتعدد المصرف مثل ما لو وقف نصف داره على زيد مثلا وذريته ، والآخر على عمرو وذريته لم يكن بأس في قسمته ـ انتهى .

فان الواقف لو وقف النصف المشاع لهذا ، والنصف المشاع لذاك ، كان التقسيم خلاف الوقف ، بل التقسيم هنا مثل المزج في الاستفادة فيما لو وقف وقفين مستقلين ، فكما لايجوز هذا لايجوز ذلك أيضاً .

ومما تقدم ، ظهر لزوم تقييد ما ذكرنا من صحة التقسيم في صورة تعدد كليهما ، أي الواقف والموقوف عليه ، بما اذا لم يوقفا مشاعاً ، كما اذا كانت بينهما دارمشاعة فوقف كل نصيبه المشاع لاولاده ، فان الافراز خلاف الاشاعة وقد فرض ان الوقف تعلق بالاشاعة والاشاعة حالة في الشيء الموقوف كانت للشريكين ابقائها ، وقد ابقياها عندالوقف فالافراز خلاف الوقف ، ويظهر ذلك من العكس ، كما اذا كان لزيد ولعمرو قطعتي أرض فوقف كل قطعة لاولاده ، فانه لايصح للطائفتين من الاولاد جعلهما مشاعة ، لان الافراز حالة في الشيء الموقوف كان للمالك ابقائه ، وقد ابقى كل واقف الافراز عندالوقف فالاشاعة خلاف الوقف .

ومنه يعلم ، ان نفس الواقفين لايقدران بعد الوقف من تغيير المشاع مفرزاً أو بالعكس، ولعل مراد العلامة في محكى التجرير حيث اطلق قوله : ولو تعدد الواقف والموقوف عليه ، فالاقرب جواز القسمة ـ انتهى . ارادما ذكرناه اولا لاالصورة التي ذكرناها بقولنا : ومما تقدم الخ .

ومن الكلام في الوقف على الذرية يظهر الكلام في الوقف على المصالح كما اذا وقف نصف داره على انتفاع الفقراء ونصفها على انتفاع الزائرين ، فانه لايصح الافراز ، اذ ذلك خلاف [الوقوف] .

أما اذا وقف احدهما نصف داره المشاعة ـ لابقيد الاشاعة ـ على الفقراء ، ووقف الشريك الاخر نصف داره كذلك على الزوار جاز الافراز ، اذ لامحذور في الافراز حينئذ من جهة الواقف ولا الموقوف عليه ، ثم لو جاز بيع الوقف ، فالظاهر جواز القسمة تفادياً عن البيع ، كما لو اختلفت الورثة الى حد مجوز للبيع فيقتسمان الوقف لكل أخ نصفه ، وذلك لانه أقرب الى ارادة الواقف ، وبقاء الوقف ومن المعلوم ان الضرورات تقدر بقدرها، ولذا كان المحكى عن العلامة في تحريره انه قال: ولو اشرف على الهلاك واقتضت المصلحة قسمته فالوجه الجواز كما اجزنا البيع .

أقول : ومنه يعلم ، صحة اجارته ورهنه وما أشبه ذلك اذا كان أمثال هذه أقرب الى الوقف من البيع ، هـذا بعض فروع قسمة الوقف به فلو كان أحد الشريكين وقف والاخر لم يوقف ، فقد قال الشرائع: ولو كان الملك الواحد وقفا وطلقا صح قسمته ، لانه تميز للوقف عن غيره ـ انتهى.

وذلك لان المالكين لهما حق افرازمالهما، حيث الملك لاحدهماوالوقف للاخر ، وكذا المتولي والموقف عليه ـ فيما لامتولي ـ و الحاكم ، كما اذا وقف نصف داره للفقراء وجعل المتولي زيداً ، أولم يجعل المتولي حيث يتولى الحاكم شئونه ، أو وقف نصف الدار للذرية و النصف الثاني لشريكه ، فانه بنفسه له حق الافراز لقاعدة السلطنة ، ولقاعدة لايتوى وما أشبه ، واذا لم يفرز هو كان للثلاثة الافراز لانهم قائمون بشئون الوقف وحال الوقف الذي هو تحرير كذلك .

كما اذا وقف نصفه مسجداً وقبل الافراز لاحق لصنع منافيات المسجدفي المشترك مثل التنجيس وكمكث الجنب وما أشبه ، لان كل جزء جزء مشترك كما ذكرناه سابقاً ، واذا افرز اختص الاحكام بالنصف الوقف .

ولايصح في ما اذا كان النصف وقفاًذرياً ، أو خيرياً عاماً أوخاصاًكالمدرسة التي للطلاب ، بعد الافراز الأشتراك ولو مع الشريك السابق، وان صح ذلك بالنسبة الى الملك ، كما اذا كانت أرض لهما ثم افرزا فانه يصح لهماالرجوع الى الاشتراك ، لانه أمر عقلائي لم يردع عنه الشارع ، بل دليل السلطنة يؤيده .

أما في ما اذا وقف وافرز فلا يصح ، اذ لادليل على حق المتولى ، أو الذرية في ذلك واستصحاب حال ما قبل الوقف غير تام بعد تبدل الموضوع.

و يؤيد العدم في الوقف انه لايصح ذلك ابتداءاً ، و ان صح فى الملك ابتداءاً ، فاذا كانت لهما قطعتا أرض مجاورة جاز لهما الاشتراك فيهما فتكون

الارض كلها مشتركة بينهما ، بينما اذا كان مسجد وارض لزيد لايصح للمتولى ولزيد الاشتراك فيهما .

ثم لافرق بين ان يكون هناك شريكان في أرض مشتركة يوقف أحدهما أرضه ، ثم يفرزها ، أو كان لانسان واحد أرض فيوقف نصفها ، ثم يفرزه هو أو المتولي خاصاً أو حاكماً ، أو الموقوف عليه .

والظاهر صحة الوقف في المشترك ، سواء كان اشتراك اشاعة ، أو اشتراك الكلي فى المعين ، والفرق يظهر في التلف ، فاذا اشترى من زيد نصف أرضه فغمر الماء نصفها ذهب ذلك النصف من كليهما .

أما اذا اشترى منه النصف على نحو الكلي في المعين لم يكن ذهاب النصف الامن البائع ، كما ذكروا في اطنان القصب ، ثم ان القواعد قال : و لو كان بعض الملك طلقا صحت قسمته مع الوقف ، و ان اتحد المالك و لو تضمنت رداً جاز من صاحب الوقف خاصة ، فان كان في مقابلة الوصف فالجميع وقف .

أقول : لان الرد معناه اعطاء شيء في قبال أخذ الزائد ، ومن الواضح انه لايصح لصاحب الوقف ان يعطي الزائد للشريك فيأخذ منه رداً ، لان معنى اعطائه الزائد اعطائه من الوقف و ذلك ما لايجوز .

ثم لو اعطى صاحب الوقف رداً لزيادة عين اخذها فالظاهر ان الزيادة

لاتكون وقفاً ، بل يشترك هو مع الوقف ، اذ لاوجه لكون الزائد المقابل للرد وقفاً .

قال في الجواهر : ان الظاهر مشروعية قسمة الوقف من الطلق ، و ان استلزمت رداً من الموقوف عليه، لكن هل تكون الاجزاء المقابلة للرد و قفاً ، أو ملكاً ؟ وجهان اقواهما الثاني ـ انتهى .

ثم انه يصح ان يعطي الرد انسان ثالث برضى الاطراف ، ويكون ما في الوقف من الزائد له ، وحينئذ يكون هو المشترك مع الوقف ، ولو كانت دار وقف نصفها أحد الشريكين مسجداً ، ووقف الشريك الثاني نصفه مسجداً أيضاً فهل لهما الافراز لاستصحاب حقهما في ذلك أم لا ؟ لان المسجد حقيقة واحدة فلا معنى لافراز بعضه من بعضه؟ احتمالان ، مقتضى القاعدة الاول، وان كان الاحوط الثاني ، ولو وقفا الامرين ، مثل ان وقف احدهما مسجداً والاخر مدرسة جاز الافراز بلا اشكال ، و لو لم يمكن الافراز في الوقفين ، فالظاهر ان اخصهما أحكاماً هو المحكم ، فاذا كان مسجد و وقف للفقراء لم يصح بقائه جنباً فيه ، و ان صح له النوم باعتبار ان نصفه له ، و انما يحكم الاخص لما تقدم من ان كل جزء جزء مسجد ووقف فقير فالمسجدية تمنع عن بقاء الجنب.

ومنه يعلم ، انه لو كان المشتركان مسلماً وكافراً وقف احدهما مسجداً ، و الاخر كنيسة وجب الافراز اذ لايصح اقامة شعائر الكنيسة في المسجد ، و ان جاز العكس ، وان لم يمكن الافراز لايصح فيه شعائر الكنيسة ، وان جاز

مالا ينافي المسجد ، وذلك لان الاسلام يعلو ولايعلى عليه ، و كذلك لايصح في المسجد والملك الطلق للكافر عمل ما ينافي المسجد ، مثل بيع الخمر فيه، وان جاز بيعها لهم في غير العلن لانهم يقرون على دينهم .

ومما تقدم يعلم ، انه لو تزاحم المسجد والكنيسة ولم يمكن الافراز اشترى حصة الكنيسة بأن جعلت طلقاً ، أو وقفاً لالمجرد قاعدة : الزموهم[1]، وهم يرون جواز بيع الكنيسة ، بل و ان لم يجوزوا ذلك في دينهم ، لقاعدة : الاسلام يعلو[2]،أو لقاعدة : الاهم والمهم ، في باب التزاحم .

ثم لو كان الوقف و الطلق متزاحمين و الطلق لصغار ليس من مصلحتهم بيعه أو القيم يصر على عدم بيعه ، فالظاهر حق الحاكم الشرعي في البيع عليهم فيما كان الوقف مسجداً لقاعدة الاهم والمهم و قاعدة تقديم حق الله كما في بعض الروايات .

أما في مثل الحسينية والمدرسة وما أشبه ، ففيه احتمالان .

---

(١) الوسائل : ج/١٧ ص ٤٨٥ الباب ٤ من أبواب ميراث الاخوة ح/٥ .

(٢) الوسائل : ج/١٧ ص ٣٧٦ الباب ١ من أبواب ميراث الارث ح/١١ .

(مسألة ـ ٦ ـ) اذا دفع انسان دابة وآخر راوية الى ثالث لاستقاء الماء و بيعه و الربح بينهم ، فقد يكون قصدهم المضاربة ، وقد يكون قصدهم الشركة وقد يكون قصدهم الاجارة .

والظاهر صحة الكل و على قصد أي من الثلاث يترتب أثره ، و ذلك لما تقدم في [كتاب المضاربة] من ان الموضوع العرفي هو الذي قرره الشارع ، و لادليل على لزوم ان يكون ديناراً و درهماً ـ كما ذكره المشهور ـ ولاشك عند العقلاء بأنه نوع من المضاربة ، و يعتادونه ، كما انه يصح بقصد الشركة ولا دليل على بطلان مثله بعد كونه عقلائياً لم يثبت ردع الشارع عنه .

نعم ، في الشرائع لو دفع انسان دابة و آخر راوية الى سقاء على الاشتراك في الحاصل لم تنعقد الشركة و كان ما يحصل للسقاء عليه اجرة مثل الدابة و الراوية ، و استدل له الجواهر بقوله : قطعاً لانها مركبة من شركة الابدان والاموال مع عدم المزج و الكل باطل ثم قال و قيل : انهم يقتسمون اثلاثاً يكون لكل واحد منهم على صاحبيه ثلثا اجرة ماله ونفسه ويسقط الثلث لان ثلث النفع حصل له ـ انتهى .

وقال في القواعد : لو دفع الى آخر دابة ليحمل عليها ، و الحاصل لهما فالشركة باطلة ، ونقل مثله مفتاح الكرامة عن التذكرة والتحرير وجامع المقاصد ونقل عن الاول انه قال : عند علمائنا أجمع ، وانت خبير بأن ما علله الجواهر الحكم من القطع ، أو انه من الشركات المحظورة كما ان اجماع التذكرة.

لا يمكـن ان يكون مستنداً ، اذ القطع ينفع القاطع وأدلـة الشركات المحظورة لاتشمل المقام .

كما لايخفى على من راجع أول كتاب الشركة عند ذكر الماتن اياها ، والاجماع بعد الاشكال في صغراه ، حيث ان المسألةغير مذكورة في كثير من الكتب ، محتمل الاستناد ، ومثله ليس بحجة ، وعليه فالاقرب الصحة شركة، فاذا اطلقوا الاشتراك في الحاصل، كان لكل حسب ما يراهالعرف، لانهمقتضى الاطلاق الذى لم يريدوا الاياه ، وان ذكروا قدر حق كل مثل ان يكون لكل ثلث الربح أو بالاختلاف كان كما ذكروا .

أمااشكال بعض الاقتصاديين من غيرفقهائنا بأن الربح نتيجة العمل فلاحق لمعطى الدابة والراوية في الربح فقد اجبنا عنه في [فقه الاقتصاد] بالاضافة الى ان الدابة والراوية عمل مجسم أيضـاً ، فالربح يكون نتيجة عملهم ، وكذلك يصح بقصد الاجارة بان يؤجرالسقاء نفسه لهما أو يؤجراهما الدابة والراوية له اذا تحققت شرائط الاجارة ، وذلك لاطلاق أدلتها هذا، وان كان الاحوط عدم جعله مضاربة أو شركة ، بل اجارة بشرائطها أو صلحاً أو مماأشبه مايصح قطعاً، وعلى ماذكرناه فان كان ضرر وكان على الجميع بالنسبة ، وان كان ربح كان للجميع كذلك ، فاذا حصل السقاء ستين قيمة الماء وكانت اجرته خمس عشرة والدابة اثنتى عشرة والقربة ثلاثة كان ثلاثين زائدة فيعطي كل واحد ضعف حقه واذاحصل عشرين كانت عشرة ناقصة، واعطى كل واحد ثلثي حقه فللسقاءعشرة، وللدابة ثمانية ، وللقربة اثنان وهكذا .

وبماتقدم يظهر، انه لوكان من واحد دكان، ومن الاخررحى ، ومن ثالث بغل ، ومن رابع عمل على ان يكون الحاصل بينهم صحت المعاملة مضاربةأو شركة أو اجارة أو مصالحة ، بل أو معاملة مستقلة داخلة في أوفوا بالعقود[1] ، فقول الجواهر: لاريب في بطلان الشركة محل اشكال ، فان اطلقوا لكان لكل بقدر حقه ان كان الحاصل كذلك ، وان زاد أو نقص كان لكل بالنسبة زيادة أو نقيصة، لان الربح للمجموع، فاللازم ملاحظة النسبة في الزيادة ، كماان النقص على المجموع فاللازم ورودالنسبة عليهم أيضاً، وان لم يطلقوا، بل جعلوا نسبة خاصة لكل منهم كالنصف للعامل ، والسدس للدكان، والربع للبغل ، ونصف السدس للرحى، كان كما قرروا .

ولو استأجر صاحب الطعام الدكان والبغل والرحى والعامل بكذا، بدون ذكر قدر حق كل فالاجر بينهم على قدر حقهم لكل واحد من المسمى بقدر حقه نحو مالوباع المالين مثلا لرجلين بثمن واحد ، فان كانت الاجرة بقدر حقهم فهو والازيد، أو نقص من كل بقدر النسبة .

ولو استأجر الارض والماكنة التي تمتح الماء والعامل بكذا ، كان كذلك ولوكان الماء لرابع كانت الاجرة بينهم حقاً ، أو نسبة في الزيادة والنقيصة ولو كانت السيارة من واحد والسائق عاملا واستأجرهما بثمن كان لكل بقدر حقه أو نسبته .

---

(١) سورة المائدة الآية/١٨ .

ومماتقدم يظهرالاشكال فى قول الجواهر: ولواستأجر الجميع على طحن هذا الطعام بكذا ، فان الاجرة بينهم ارباعاً ، لان كل واحد منهم لزمه طحن ربعه بربع الاجرة، اذ اللازم ملاحظة الحق الا ان يريدمن الربع ذلك لاالربع المتساوى .

نعم ، فيما اذا كان حق كل واحد ربعاً متساوياً ،كان كماذكره ، واذا عمل الاربعة أقل من العمل أو أكثر بعد ان قال المالك لهم : و [لكل زيادة عمل زيادة اجرة بنسبة الأجرة المجهولة] اخرج الحق بالأربعة المتناسبة البسيطة أو المركبة مثلا لو كان كل العمل بدينار ، كان ثلثه ناقصاً أو زائداً منسوباً الى الاصل .

نعم، اذاكانت النقيصة توجب انقص من النسبة كاناللازم النسبة معنقص مقدار الناقص ، مثلا : استأجر الحطاب والنجار والحداد بأربعة لاجل صنع مصراعى الباب فصنعوا مصراعاً ، فانحقهم ليس اثنين ، اذ ليس ثمن المصراع نصف ثمن المصراعين ، بل اعطاهم درهماًحيث تلاحظ النسبة اذا كانت قيمة المصراع ربع قيمة المصراعين ـ كما هو واضح ـ والكلام في هذه المسألة طويل نكتفى منه بهذا القدر .

(مسألة -٧-) لوحاش صيداً ، أو احتطب ، أو احتش، أو اخرج معدناً ، أو متح ماءاً، أو سبق الى سائر المباحات ، فان نوى انه لنفسه كان لنفسه لاطلاق مادل على من سبق الى مالا يسبق -كما ذكر في كتاب احياء الموات - لكن يشترط في ذلك ان يكون بقدر حقه مما لاينافي [لكم] الوارد في الاية الكريمة كماذكرنا تفصيله في [كتاب الاقتصاد] من الفقه .

ولونوى انه لنفسه ولغيره أو لغيره صح مانواه ، كماتصح الوكالة والاجارة والصلح والجعالة والشرط على ذلك فيو كله في ان يستخرج له المعدن أو يستأجره لذلك أو يصالح معه أو يجعل له جعلا أو يشترط عليه ذلك في ضمن عقد لازم بل أو غير لازم فيمن يقول : بلزوم مثل هذا الشرط كصاحب العروة ، خلافاً للمشهور الذين لايقولون بلزوم الشرط اذا كان في ضمن عقد غير لازم كل ذلك لاطلاق أدلة تلك المعاملات بعد ان العقلاء يرون صحة جميعها، ولم يدل دليل على ان الشارع منع عن ذلك، بل السيرة المستمرة في الاجارة ونحوها، وأي فرق بين ان يستأجر الانسان غيره لخياطة ثوبه ، أو لمتح الماء له من البئر المباحة ، أو استخراج الملح له من المعدن ، الى غيرذلك ، والقول بأن النية لاتجعل المستخرج - بالفتح - لغيرمن استخرجه؟ فيه ان قاعدة الاعمال بالنيات الشرعية العقلائية تحكم بذلك .

وبذلك ظهر ان ، قول الشرائع : لو حاش صيداً أو احتطب أو احتش بنية انه له ولغيره لم تؤثر تلك النية ، وكان ماجمعه له خاصة، غير ظاهر الوجه .

وقول بعض الاقتصاديين الجدد انه استثمار للانسان، وذلك لايجوز مردود

بالنقض بالخياط والبناء والنجار وغيرهم، وجوابهم بالفرق ، حيث ان صاحب الثوب والدار يعطي المال الذي هوعمله المجسم في مقابل عمل الخياط والبناء غير تام، بالنقض اذ مستأجر غيره للصيد، أو الاستخراج أيضاً يعطى المال الذى هوعمله المجسم، وبالحل بانهما حران في ماشاءا فالمستأجر حر فى الاستيجار والاجير حر في اجارة نفسه، فبأي دليل تمنع حرية الانسان.

وكيف كان، فاذا نوى ان المستخرج ـ بالفتح ـ لهما أو لغيره صار كما نوى فيشترك في الاول كما يختص به في الثاني، فالنية توجب ملك الطرف كلا أو بعضاً ، ولايحق له الرجوع، لانه لايخرج مال انسان عن ملكه الابطيبة نفسه، كما انه لو ابرء ذمة انسان عما يطلبه سقط الدين عن ذمته و لايحق له الرجوع، اذ لادليل على انه يرجع الى ذمته بعد ابرائه.

ثم الظاهر ان ملكية الانسان للمباح باستيلائه عليه يحتاج الى النية فبدونها لايملك ، كما لو أخذ تراباً ليحوله عن طريق المارة أو جذع شجرة أوحجراً كذلك فانه ليس يملكه بالاستيلاء والاخذ.

ثم يفقد ملكيته له بالاعراض، بل لايملك من الاول، وكذلك اذا أخذ غزالا أو طيراً أوسمكة أو ما أشبه ذلك، وذلك لانه المنصرف من مثل من أحيا أرضاً ميتة فهي له، ومثل من سبق الى مالم يسبق اليه أحد، ومن حاز ملك ـ سواء كان هذا كلام الفقهاء أو الرواية ـ حيث ان من احي الارض بدون قصد الملك ، وانما أراد شق الطريق للمارة، أو تسهيل السير فيها بطم حفرها و افراغها من الماء العفن، الى غير ذلك لايراه العرف مشمولا لمن أحيا أو سبق أو حاز خلافاً لمن

لم يشترط النية أخذاً بالاطلاقات المذكورة .

وفي الشرائع هل يفتقر المحيز فى تملك المباح الى نية التملك؟ قيل:لا وفيه تردد .

وقد ذكر الجواهر وغيره وجه تردد المحقق، و قـال الشيخ فـي محكى المبسوط:اذا نزل القوم موضعاً من الموات فحفروا فيه بئراً ليشربوا منها ويسقوا غنمهم ومواشيهم منها مدة مقامهم ولم يقصدوا الملك بالاحياء فانهم لايملكونها بالاحياء، لان المحيى انما يملك بالاحياء اذا قصد تملكه.

أقول: نعم ، لاشبهة في انه يختص بهم فلايحق لاحد مزاحمتهم ما داموا هم يريدونها، كما اذا نزلوا في مكان من الصحراء،وذلك لدليل من سبق بالاضافة الى ان العقلاء يرون ذلك، والشارع حيث لم يغيره فقد امضاه .

أما ما قد يقال: من ان المباحات ملك لكافة الناس لقوله تعالى: «خلق لكم ما في الأرض»[1] ففيه انه خلاف ظاهر الاية، لان ظاهرها انها خلقت لنفعهم ،أما كيف يدخل في ملكهم فاللازم التماس دليل آخر.

قال في مفتاح الكرامة عند قول القواعد: [هل يفتقر المحيز في تملك المباح الى نية التملك اشكال] أقربه انه يفتقر اليها، كما بيناه في باب اللقطة.

---

(١) سورة البقرة الآية/ ٢٩ .

واستدللنا عليه بالاخبار المستفيضة الواردة فيما يوجد في جوف السمكة مما يكون في البحر والاجماعين الظاهرين من التذكرة والمختلف وعضدناهما بالشهرات والاصل الى آخره .

....

(مسألة ـ ٨ ـ) لو كان لنفرين مال ممتزج، فقديكون بالسوية بأن كان لكل منهما نصفه، وقد يكون بالاختلاف ، كما اذا كان لاحدهما ثلثه ، و للاخر الثلثان .

ففي الاول: اذا اذن أحدهماخاصة لصاحبه في التصرف في المال المشترك فقد يجعل تمام الربح لنفسه، وقد يجعله للعامل، وقد يجعله نصفين، وقد يجعله بالاختلاف، أما الزائد لنفسه أو للعامل، فان كان تمام الربح للعامل كان قرضاً وان كان لنفسه كان بضاعة، وان كان بينهما كان مضاربة من غير فرق بين أقسامه الثلاثة، أي التناصف والاختلاف بصورتيه.

ومنه يعلم، صور الثاني : وهو ما كان المال المشترك لهما بالاختلاف قال في الشرائع : لو كان لهما مال بالسوية فأذن احدهما لصاحبه فى التصرف على ان يكون الربح بينهما نصفين، لم يكن قراضاً ، لانه لاشركة للعامل في مكسب مال الامر ولاشركة، وان حصل الامتزاج، بل يكون بضاعة.

اقول: اما عدم كونه قراضاً فلانه لا شيء للعامل ، و انما ربح مال نفسه لنفسه .

واما عدم كونه شركة فلان لازمها عنده ، كون العمل منهما ولاعمل منهما واما كونه بضاعة فلان حصة الشريك يستربحها الشريك للمالك بدون عوض وقد سبق نحو هذه المسألة في [كتاب المضاربة].

قال في الجواهر: وبنحو ذلك صرح في القواعد لكن لايخفى عليك بنائه على اعتبار العمل منهما في الشركة، وقد عرفت البحث فيه سابقاً ـ انتهى .

وقد نقل عن المبسوط والسرائروالتذكرة وجامع المقاصد والمسالك مثل ما ذكره الفاضلان.

وفي هذا الباب مسائل اخر يجدها الطالب في الشرائع والقواعد وشروحهما والله المستعان.

كِتَابُ المُضَارَبَة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف خلقه سيدنا محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين، واللعنة الدائمة على أعدائهم إلى قيام يوم الدين.

كتاب المضاربة

وتسمى قراضاً عند أهل الحجاز ، والاول من الضرب لضرب العامل فى الارض لتحصيل الربح ، والمفاعلة باعتبار كون المالك سبباً والعامل مباشراً ،

كتاب المضاربة

تسمى بذلك عندأهل العراق (وتسمى قراضاً عند اهل الحجاز) في الزمان السابق، والا فالان تسمى بهما في كلا البلدين،وفي غيرهما.

(والاول من الضرب لضرب العامل في الارض لتحصيل الربح)كما قال سبحانه : «اذا ضربتم في الارض»[1] اذ الذاهب يضرب الارض برجله .

(والمفاعلة) الظاهرة في كون العمل من الطرفين مع ان المالك لرأس المال لايضرب في الارض، وانما يعطى النقد ونحوه فقط.

(باعتبار كون المالك سبباً والعامل مباشراً) صرح بذلك التذكرة والمسالك والجواهر وغيرهم ، واشكال المستمسك عليهم بانه لااصل له قال : كما يظهر

---

(١) سورة النساء الآية/١٠١ .

من ملاحظة موارد الاستعمال فتقول: طالعت الكتاب، وتابعت زيداً، وباركت له، وناولته الكتاب، وسافرت، وآذيته، وجازفت، الى غيرذلك مالا يحصى، كل ذلك لامشاركة فيه(الى انقال:) وأما المفاعلة فانّها تقتضى السعي الى الفعل، فاذا قلت: قتلت،فقد اخبرت عن وقوع القتل، واذا قلت: قاتلت، كنت قداخبرت بالسعي الى القتل،فربما يقع، وربما لايقع، الى آخر كلامه.

يرد عليه ان أصله التبادر و كفى به أصلا، ولذا اذا قال: قتل،كان معناه طرفا واذا قال : قاتل، كان معناه طرفين ، اما قاتلهم الله،فباعتبار ان كلا من الله و هم يريدون افناء الطرف الاخر، مثل .﴿يخادعون الله وهو خادعهم﴾[1] و﴿مكروا ومكر الله﴾[2] الى غير ذلك .

و لذا كان المقاتلة والمغابنة والمناصرة والمساهمة والمشاكسة والمداهنة والمجاملة والمعاملة و غيرها تشمل الطرفين ، والامثلة التي ذكرها انتم كونها لطرف واحد لم يضر بعد كون التبادر يعطي معنى الطرفين اذالمذكور في معنى ابواب المزيد فيه من المعاني المتبادرة غالبيّ لادائميّ ، فان المجاز يصار اليه في الالفاظ كثيراً .

وقولنا:(ان تم) لان بعضها له طرفان ايضاً، مثل المتابعة والمناولةوغيرهما اذ طرفان التابع والمتابع، والمعطي و الاخذ، والذي يوذى ويذوَى،والمطالعة والمباركة والمجازفة بـاعتبار اعطاء النظر واعطاء البركة مرة فمرة والدخول في الامر اعتباطاً مرة فمرة، فهو مثل ما اذا كان له طرفان، اذكما يكرر الفعل في الطرفين، كذلك كرر هنا ، والسعي الى الفعل لم يظهر له وجه، فهل يفهم من

طالح الكتاب ، انه سعى الى النظر ، و من آوى انه سعى الـى الايواء ، الى غير ذلك؟

ثـمّ ان المعنيين الاخرين الذين ذكرهما غير واحد من الفقهاء بـأنّ كلّا منهما يضرب الربح بسهمه ، أو انه من الضرب فى المال و تقلبه ، فكلاهمـا محتمل أيضاً ، فان تحصيل الربح نوع من ضربه، وكل منهما يقلب المال .

واحتمل الجواهر معنى رابعاً ، وهو ان المالك يضرب في ربح العامل ، ويأخذه، والعامل يضرب في مال المالك، ويأخذه للاسترباح .

و هنا احتمال خامس هو انهما يصافقان فيضرب كل منهما بيد الاخر عند التعامل وسادس هو انهما يتشاكسان ـ كالتضارب ـ عند تقسيم الربح من قبيل قولهم: تضارب الاداء، ثم الظاهر ان كلا منهما مضارب بالكسر.

نعم ذكرغير واحد انه لم يشتق أهل اللغة لرب المال من المضاربة اسماً ، لكن ذلك لايكفى في العدم، بالاضافة الى انه ينتهى اخيراً الى عدم سماع العرب يستعملون، وذلك اخص من الامر، حيث ان اشتقاقات الالفاظ لم تسمع كلها من العرب ، فهل يكفى ذلك في عدم استعمالنا لتلك الاشتقاقات الواردة، على القاعدة ؟

نعم في السماعات الامر توقيفي، كما ان الاستعمالات بالنسبة الى الله تعالى تحتاج الى الورود، فلا يقال: لله معلم وزارع ورامي، مع انه استعمل له سبحانه «علم، وزارعون ورمي».

ومنه يعلم وجه النظر فى قول المستمسك: الاولى ان يكون معنى المضاربة

والثانى من القرض بمعنى القطع لقطع المالك حصة من ماله ودفعه الى العامل ليتجّر به وعليه العامل مقارض بالبناء للمفعول، وعلى الاول مضارب بالبناء للفاعل

مغالبة الناس على أموالهم بالطرق الشرعية، والعامل هو الذى يقوم بهذه المضاربة دون المالك فتخص المضاربة به.

(والثانى من القرض بمعنى القطع) كما صرح به التذكرة والمسالك والجواهر وغيرهم و هما لفظان مترادفان على معنى واحد ، كما نقله مفتاح الكرامة عن المبسوط وفقه القرآن والغنية والسرائر وغيرهم .

(لقطع المالك حصة من ماله ودفعه الى العامل ليتجربه) وحيث انّه من باب المفاعلة، فاللازم ان يكون الامر من الطرفين، والطرف الثاني يقطع شيئاً من أرباح المال، أو العامل يقطع ما يأخذه من رأس المال من المالك، والمالك يقطع بعض الربح، الى غير ذلك.

(وعليه العامل مقارض بالبناء للمفعول) و مقارض بالبناء للفاعل ، وكذلك المالك لما عرفت من اشتراكهما .

(وعلى الاول مضارب بالبناء للفاعل) ومضارب بالبناء للمفعول، ومنه يظهر وجه النّظر فى كلام الماتن وغيره.

أما ما ذكره الجواهر من احتمال ان يكون القراض من المقارضة بمعنى المساوات والموازنة يقال تقارض الشاعران اذا وازن كل منهما الاخر بشعره ، و منه قارض الناس ما قارضوك ، فان تركتهم لم يتركوك بمعنى ساوهم فيها

وكيف كان عبارة عن دفع الانسان مالا الى غيره ليتجّربه على ان يكون الربح بينهما

بقولون، ويعملون. ولماكان العمل من العامل، والمال من المالك ، فقدتساويا وتوازنا ـ انتهى.

فغير ظاهر الوجه، فانالقراض ليس بمعنى المساوات، وتقارض الشاعرين خذكل منهما من الاخر قريضاً، و معنىٰ قارض الناس عاملهم ، اى خذمنهم كما يأخذون منك،ويدلعليه لميترك وك- ايهم يأخذون منكعلى اىحال،اذاًفخذ منهم ايضاً ـ .

(وكيف كان)فالمضاربة(عبارة عن دفعالانسان مالا الى غيره ليتجربه على انيكون الربحبينهما) بالنسبة تفسير المضاربة بالدفع كما عن النافعوالتذكرة وفى المسالك وغيره فيهنوعمسامحة، كمانبه عليه المستمسك لان المضاربة من الانشاءات والدفع امر خارجى.

ولعل المجاز بعلاقةالسبب والمسبب اللهم الا ان يقال: ان الدفعللاتجار حقيقة المضاربة ، اذ للاتجارمشتمل على معنى القصد فهومن قبيل المعاملات.

نعم ، يبقى عليه انه لم يذكر فى التعريف عقد المضاربة مع انها كسائر المعاملات قدتنعقدبالمعاطات وقد تنعقد بالعقد اما مافى تعليقةالسيدالبروجردى (ره) حيث قال: وحقيقتها فى اعتبار الناس اشتراك شخصين في تجارة على ان يكون من احدهما المال،ومنالاخر العملويكون سهممن الربح للمال ، و سهم منه للعمل ، فليس فيها تعويض ، ولا جعل حق للمالك على رقبة العامل، ولاللعامل علىمال المالك .

لا ان يكون تمـام الربح للمالك ، ولا ان يكون تمامه للعامل ، وتوضيح ذلك ان من دفع مالا الى غيره للتجارة تارة على ان يكون الربح بينهما وهى مضاربة وتارةً على ان يكون تمامه للعامل ، وهذا داخل فى عنوان القرض ان كان بقصده

ففيه : موارد للمسامحة ، حيث لاحاجة الى (اعتبار الناس) كما ليست المضاربة الشرط والسهمان للمتضاربين لا للمال والعمل .

ثم مايأتي من المصنف في الشرط الثاني من اختيار صحة المضاربة مع كون المال بيد المالك فيتصدى العامل للمعاملة فقط لاينافي ما ذكره هنا من الدفع ، اذ ليس المراد الدفع شخصاً ، بل اعتبار اعطاء الاختيار بيد العامل، والا فليس كل عامل يتصرف في المال .

(لاان يكون تمام الربح للمالك ، ولا ان يكون تمامه للعامل ، وتوضيح ذلك) كما ذكره الشرائع والتذكرة والمسالك والجواهر وغيرهم (ان من دفع مالا الى غيره للتجارة) يكون الدفع(تارة على ان يكون الربح بينهما وهي مضاربة ، وتارة على ان يكون تمامه للعامل ، وهذا داخل فى عنوان القرض ان كان بقصده) هذا القيد لم يتعرض له الشرائع والتذكرة والمسالك ، وأشكل عليه الجواهر بمنع تحقق القرض ، مع فرض صدور ذلك بعنوان المضاربة ، اذا قصاه كونها من القسم الفاسد ، لانها من القرض المحتاج الى انشاء تمليك المال بعوض في الذمة ، وقصد كون الربح للعامل أعم من ذلك ، وانما هو من اللوازم الشرعية لملك المال ، ودعوى الاكتفاء بقصد ذلك في تحققه لفحوى

....

الصحيح ، عن أبي جعفر عليه السلام،عن امير المؤمنين عليه السلام : من ضمن تاجراً فليس له الّا رأس ماله وليس له من الرّبح شيء»[1]

والموثّق، عن أبي جعفر عليه السلام: «من ضمن مضاربة فليس له الّا رأس المال، وليس له من الربح شيء فيهما»[2] لزوم الاقتصار على ذلك في ما خالف الضوابط الشرعية ونمنع تحقق القرض شرعاً وعرفاً بذلك، واصالة الصحة لا تكون فى المعلوم خلوّه عن هذا القصد،ويمكن ارادة الفاضل والشهيد بيان حال كل من القراض والقرض ، والبضاعة فى حدّ ذاته ، وحينئذ يخرج عما نحن فيه ـ انتهى ملخصاً .

أقول: الظاهر ان القرض عبارة عن دفع المال بدون توقع ان يكون الربح للمالك وعدم تحمل الضرر ، اذ ليس القرض غير ذلك ، ولادليل على انه يشترط في القرض القصد الخاص ، فكلامهم لايخلو من وجه .

أما التهافت بين قصد المضاربة وكون الشيء قرضاً ، فهو من باب التنافي بين الاشارة والوصف ، فان أراد حقيقة ان يكون المال عنده يتصرف فيه ، و الربح له ، كان قرضاً ولم يضر قصده كونه مضاربة ، اذ لم يكن هذا القصد الا من باب الاشتباه في التطبيق ، وان أراد حقيقة كونه مضاربة،كان مضاربة فاسدة

(١) الوسائل : ج/١٣ ص ١٨٦ الباب ٤ من أبواب أحكام المضاربة ح/١ .
(٢) الوسائل : ج/١٣ ص ١٨٦ الباب ٤ من أبواب أحكام المضاربة ح/١ .

وتارة على ان يكون تمامه للمالك ، ويسمى عنــدهم باسم البضاعة وتارةلايشترطان شيئاً ،

اذ هو كما لو قصد نكاحاًلا يوجبالمحرمية ، حيث ان عدم شيء للمالك ينافي مقتضى القصد .

(وتارة على ان يكونتمامهللمالك، ويسمى عندهم باسم البضاعة) وسيأتي الكلام فيه .

(وتارة لايشترطان شيئاً) مـن الاقسام الثلاثة السابقة ، ولو فـي النية ، اذ لو كان بنائهما المبني عليه الاعطاء أحد الثلاثة ، كان داخلا في الشيء المبنى عليه ولم يذكر المصنف قسماً آخر ، وهو ما لو ذكرا كون الربح لشخـص ثالث، أوامر آخر كالمسجد ، أو بعضهلاحدهما ، وبعضه للثالث،أوجعلا الربح لهما ، أو لاحدهما ، والثالث بالتقدير لا النسبة ، كما لو علما ان الربح يزيد على عشرين في المائة ، فقال للمالك : عشرة والباقي للعـامل ، أو للشخـص الثالث .

والظاهر في الكل انه ان كان هناك نص ، أو اجماع على البطلان ، فهـو باطل ، ويرجع في الربح علىمقتضىالاصولالاولية،والا كان مقتضى القاعدة الصحة ، حيث ذكرنا في بعض مجلدات [الفقه] ان الاصل في كل معاملة لـم يذكر الشارع بطلانها الصحة ، لاطلاق : اوفوا بالعقود[1]، ونحوه .

(١) سورة المائدة الآية/١ .

وعلى هذا ايضاً يكـون تمام الربح للمالك ، فهو داخل في عنوان البضاعة ، وعليهما يستحق العامل اجرة المثل لعمله

(وعلى هذا) الذي لم يشترطا شيئاً (ايضاً يكون تمام الربح للمالك ، فهو داخل في عنوان البضاعة) فان المالك اعطاه بضاعة (وعليهما يستحق العامل اجرة المثل لعمله) .

أقول : أما الأول ، بأن كان الشرط ان يكون تمام الربح للمالك فظاهـر جملة من الفقهاء كالتذكرة والمسالك عدم شيء للعامل ، بل في الرياض نسبه الى ظاهر الأصحاب ، ثم قال : وهو حسن ان لم يكن هناك قرينة من عرف أو عادة بلزومه ، والا فالمتجه لزومه انتهى .

وما ذكروا هو الذي تقتضيه القاعدة، اذا كان المقصود للعامل اسقاط حرمة عمله ، لان العامل اسقط احترام عمله ، فلا وجه لاستحقاقه شيئاً ، ومـا ذكـره الجواهر من ان التصريح منهما بكون الربح بأجمعه للمالك أعم من التبـرع بالعمل ، وعدم ارادة الأجر عليه، فالتحقيق ان العامل يستحق الأجر ، غير ظاهر الوجه ، اذ لولا العرف والعادة حتى يجعل العمل غير مجاني ، لا وجه لأجرة المثل في صورة كون معنى اسقاط الربح للعامل اسقاط كل حق له .

وان شئت قلت : ان المال والعمل معاً جاءا با لربح ، فهو مشترك بينهما الا اذا اعطى المالك ربحه للعامل ، أو العامل ربحه للمالك ، والعرف والعـادة انهما يفيد ان في عالم الأثبات ، لا عالم الثبوت فاذا كان بناء احدهما على العرف والعادة ، كان العرف والعادة محكماً بالنسبة اليه ، والا فالمعتبر القصد ، فاذا أسقط العامل حقه لا وجه لحق له ، كما ان المال كذلك في المالك .

ومنه يعلم ان جعل تمام الربح للمالك له ثلاث صور :

الا ان يشترطا عدمه، اويكون العامل قاصداً للتبرع، ومع عدم الشرط وعدم قصد التبرع ايضاً له ان يطلب الاجرة الا ان يكون الظاهر منهما فى مثله عدم اخذ الاجرة ،

الاولى : ان له اجرة المثل .

الثانية : ان لاحق له .

الثالثة : عدم قصد شيء ، وفي هذه الصورة مقتضى القاعدة ان يكون للعامل اجرة المثل ، لانه لم يسقط احترام عمله ، ولعله الى هذا يشير المستمسك ، حيث قال : استيفاءِ عمل الغير موجب للضمان كاستيفاءِ ماله حتى مع احتمال التبرع ما لم يثبت التبرع ، وعلى ذلك استقرت طريقة العرف والعقلاء بلا رادع عنها ـ انتهى .

ومنه يعلم ، ان جعل الرياض الاصل عدم ضمان عمل العامل على المالك مع احتمال التبرع ، وقد سبقه الى ذلك المحقق الاردبيلي على ما حكي عنه محل اشكال .

ومما تقدم يعلم وجه قول المصنف : (الا ان يشترطا عدمه ، أو يكون العامل قاصداً للتبرع ، و) عليه فـ (مع عدم الشرط) لعدم الأجرة (وعدم قصد التبرع) من العامل(ايضاً له ان يطلب الاجرة) اي له الاجرة فيطلبها ، لوضوح ان حق الاجرة يوجب الضمان طلبها أو لم يطلبها .

(الا ان يكون الظاهر منهما) الظاهر الذى بنيا عليه ، لما تقدم من ان الظهور في عالم الاثبات ، والكلام في عالم الثبوت(في مثله عدم أخذ الاجرة).

ومنه يعلم ان الاعتبار بقصد العامل سواء قصد المالك ذلك أم لا ؟ فاذاقصد

والّا فعمل المسلم محترم مالم يقصد التبرّع

التبرع كفى في العدم ، وان قصد المالك الاجرة واذا قصد الاجرة لم ينفع قصد المالك عدمها ، فقول المصنف : (الظاهر منهما) فيه نوع مسامحة .

(والّا فعمل المسلم محترم ما لم يقصد التبرع) استدلّ بذلك فى الجواهر ويدلّ على احترام على المسلم قوله عليه السلام : "لايتوى حق امرء مسلم"(١). و قوله عليه السلام : فان حقوق المسلمين لاتبطل(٢). ويعلم ان حق كل أحدمحترم ولو لم يكن مسلماً اذا كان في ذمةالاسلام ،أومحايداً،بالاضافةالى انه المركوز في أذهان المتشرعة،والسيرة :'انهمقتضى احترام أنفسهم واموالهم واعراضهم الذي اجمع عليه النص والفتوى ، كما ذكرناه فى (كتاب الجهاد) وغيره ، لكن لايخفى انّ عمله محترم اذا كان بسبب طلب الذي عمل له ، أو كان له أثر مالي في الخارج ، مثلا : طلب منه ان يبني داره ، أوبنى داره بغير طلب مما صارت للبناء قيمة جديدة غير قيمة الأرض وآلات البناء .

امّااذا لميكن احد الامرين، لميكن وجه لضمان المالك، كمااذا عمل شيئاً بدوناذنه، ولمتكنله القيمة خارجاً ،كمااذا صبّغ ثوبه بمالم يزد التصبيغ قيمته، وذلك لان لايتوىونحوه، لايأتى فىالمقام، ولادليل آخر علىان مثل هذاالعمل محترم، فالأصل البرائة.

نعم ، ان قال له : اصبغ كان له أجر عمله، أو كان التصبيغ يوجب مزيد القيمة .

---

(١) المستدرك : ج/٣ ص ٢١٥ الباب من أبواب نوادر الشهادات ح/١ .

ويشترط فى المضاربة الأيجاب والقبول ،

(مالم يقصد التبرع) ثم لايخفى انقصد التبرع انما يسقط أجره اذاكان له ذلك ، اما اذا كان دون البلوغ لم يكن وجه لسقوط الأجرة بقصده ، اذ لاحقّ للطفل في التصرف في أمواله فدليل الحجريشمل المقام .

(ويشترط في المضاربة الايجاب والقبول) وذلك لأنّه عقد، والعقد بحاجة اليهما، بخلاف الايقاع الذي لايحتاج الاالى طرف واحد، ومن الواضح ان العقد انما يكون اذا كانت هناك ولايتان كالنكاح والبيع والهبة ، لان لكـل من الطرفين ولاية التصرف فىنفسه فى النكاح، وولاية التصرف فى ماله بأن يدخل فى ملكه، أو يخرج من ملكه فىالبيع والهبة، فاندخول شيء في ملك الانسان بدون اجازته ، كخروجه بدون اجازته ، خلاف قاعدة : الناس مسلطون على اموالهم وانفسهم[(١)].

اماالابراء فليس دخول الشيء فى ملك منكان فى ذمته، بل نوع اعراض من المالك، يتبعه سقوط قهري، فلاينافي ذلك قاعدة التسلط.

ومنه يعلم ان احتياج المضاربة الى الايجاب والقبول ، ليس مستنداً الى الاجماع، وانادعى الاجماع عليه، بلمستند الى القاعدة، أماهل انهيصح انيوجب كلمنهما فيقبال قبول الاخر؟ أواللازم ايجاب المالك، وقبول العامل؟ ظاهرهم المتسالم عليه ،كمايستفاد من كلماتهم الثاني، وان كان لايبعد الاول ايضاً ، لان الامراعطاء احدهماالمال والاخر العمل ، ويكون لهما الربح، واىدليل علىان

(١) البحار : ج/٢ ص ٢٧٣ .

ويكفى فيهما كل دال قولا أو فعلا

يكون الايجاب من المالك ، بل نقول مثل ذلك فى كثير من المعاملات وحتى النكاح ـ ان لم يكن اجماع أودليل قطعي ـ يصح ايجابه من اى منهما لان كلا منهما يعطي نفسه في قبال الاخر.

ويؤيده صحة هبة المسلمة نفسها للنبي صلى الله عليه وآله وسلم ، فانه ايجاب منها، وقبول منه صلى الله عليه وآله وسلم(١).

نعم يمكن فرض الايقاع في نكاح صغيرين من ولي واحد لهما، أوبيع مال صغيرين، اومضاربة مال وعمل سفيهين من ولي واحد لهما، حيث ان الولي يجعل هذه زوجة هذا، أو يجعل مال هذا في قبال مال هذا، أويجعل شيئاً من ربح مال احدهما في قبال عمل الأخر، الى غيرذلك ،كما نبه عليه المستمسك، ثم قال: بل الوكيل على التزويج من الطرفين كذلك ، نعم اذا كان وكيلا عن احدهما على الايجاب، ومن الاخرعلى القبول تعيّن الايجاب والقبول معاً .

وفيه تأمل ، حيث ان الوكيل منهما ينحل امره الى ان يوجب من طرف ويقبل من الأخر، اللّهم إلاّن يقال: يصحّ ايقاع واحد يجعلهمازوجين، وهذاوان امكن باعتبار العقلاء ،الاانه مشكل في باب الزواج المبني على الاحتياط .

(ويكفي فيهما كلّ دالّ قولا أو فعلا) وذلك لعدم دليل على لزوم اللفظ ، فالاصل عدمه كما هو كذلك فى كل عقد، اوايقاع لم يدلّ على لزوم اللفظ فيه دليل، كما ذكروه في باب المعاطات، وانماكان الأصل صحة الفعل ايضاً، لأنّ كلاّ من

---

(١) انظر تفسير القمي : ج ٢ ص ١٩٥ ذيل الآية ٥٠ من سورة الأحزاب .

. . . .

اللفظ، والفعل اشارة الى مافي الباطن، فلافرق بينهما، لكن ظاهر الرياض لزوم ان يكون الايجاب باللفظ لانه قال: ومن لوازم جوازها وقوع العقد بكلّ لفظ يدل عليه ، وفي اشتراط وقوع قبوله لفظيـاً ، أو جوازه بالفعل ايضا قولان ــ انتهى .

لكن هذا غير تام ، فقد قال في مفتاح الكرامة : ومعنى مافي المبسوط وفقه الراوندى و الوسيلة والغنيـة والنافع و التبصرة واللمعـة و الروض والروضة والمفاتيح، وكذا النهاية من قولهم ان القراض والمضاربة ان يدفع مالا، الى غيره [الى اخره] نافيـه تنبيهاً على انه لايختص لفظاً ، بل قد يقضى ذلك بانه لايحتاج الى اللفظ ، ويكفى فيها المعاطات ، ولاريب عندنا فى جريانها فيها ــ انتهى كلامه .

وصاحب الجواهر مال الى جريان المعاطات فيها، لاطلاق مادل على صحة المعاطات في البيع، لكنه بعد ذلك قال : وعلى كل حال، فلاخلاف في اعتبار اللفظ في ايجاب عقدها، ولذا قال في المستمسك: ان العمومات كافية فى رفع الاصل والمنع عن جريانه .

أقول : ومما ذكر في الايجاب يظهر الكلام فى القبول، ولذا نجد ان غير واحد من معلقي المتن لم يعلقوا على قول المصنف : (قولا أوفعلا) بل لم اجد فيهم على كثرتهم حتى واحداً استشكل في كفاية القول، بل الظاهر ان من الفعل استمراره ، كما اذا جلس العامل لتقبل المضاربات فجائت جماعة كل منهم يعطيه

والايجاب القولي كأن يقول : ضاربتك على كذا وما يفيد هذا المعنى فيقول: قبلت ويشترط فيها ايضاً بعد البلوغ والعقل والاختيار

ديناراً للمضاربة يوضعه في صندوقه الذي امامه فانه فعل ايضاً سواء قلنا بتجدد الاكوان أم لا ؟

(والايجاب القولي كأن يقول: ضاربتك على كذا ومايفيد هذا المعنى) وفي القواعد: قارضتك أوضاربتك اوعاملتك .

أقول: وليس مراده هذه الالفاظ فقط. لانه قال في التذكرة (بعد ان ذكرها): ولا يختص الايجاب لفظاً كما حكي كذلك عن المهذب البارع والتحرير والتنقيح وغيرهم (فيقول : قبلت) وحيث قد تقدم ان المضاربة من الطرفين، كان مقتضى القاعدة صحة ان يقول هذه الالفاظ العامل ايضاً ، ويقبل المالك، واذا قلنا في البيع بصحة التبادل بدون ان يكون احدهما موجباً، والاخر قابلا، أتى ذلك الكلام في المقام ايضاً ، فكلاهما موجبان .

(ويشترط فيها ايضاً بعد البلوغ) المقطوع به في كلماتهم الدال عليه ماذكروه في كتاب الحجر وغيره من انه لايجوز أمر الغلام، لكن ربما يورد على ذلك صحة تصرفات الغلام في الجملة، وقد ذكرنا وجهه في بعض مجلدات (الفقه) .

وعليه فلايبعد صحة جعله عاملا، بل ومالكاً باجازة المولى ـ في الجملة ـ فيما كان يعمل العمل ونحوه ، ولذا ذهب بعض الى كراهة معاملة الصبيان .

(والعقل) المشترط في كل المعاملات نصاً واجماعاً .

(والاختيار) فان معاملة المكره باطلة ، كما ذكروا في كتاب الحجر والبيع

وعدم الحجر لفلس او جنون امور: الاول : ان يكون رأس المال عيناً فلاتصح بالمنفعة ولابالدين

وغيرهما ، نعم الاضطرار ـ الذى يقابل بالاختيار ايضاً ـ لايبطل العمل ، وقد ذكرنا في كتاب(الفقه الاقتصاد) بحثاً حول الاضطرار الاجوائي .

(وعدم الحجر لفلس) في المالك ، أما العامل فلا مانع في حجره .

(أو جنون) كانه من سهو القلم بدل أو (سفه) لانه محجور عليه ، لوضوح ان الجنون ذكر قبل ذلك ، وهل يشترط عدم السفه في العامل ، كما قـال بـه المستمسك ،وعلله بعدم الفرق في حجر السفيه بين أن يكون المال عيناً أو عملا أو لايشترط ، كما قال به بعض المعلقين ، لان ظاهر أدلة السفه منعه عن ماله،لاعن عمله كما قال سبحانه:«ولاتؤتوا السفهاء أموالكم»(١) والعمل لايسمى مالا احتمالا لان الاطلاق يقتضي الثاني ،والمناط الاول .

(امور : الاول : ان يكون رأس المال عيناً فـلاتصح بالمنفعة ولابالدين) ذكر ذلك غير واحد ، بل عن التذكرة ، وجامع المقاصد وغيرهما ، كما في المسالك والرياض والجواهر وغيرهـم ، دعـوى الاجماع ، أو الاتفاق ، او لاخلاف عليه ، لكن في مفتاح الكرامة عند قول العلامة (ان يكون نقداً) اي دراهم أو دنانير ،كما صرحت به عباراتهم من غير نقل خلاف ولا اشكال الا من مولانا الاردبيلي ، وقد ظهر ذلك من الكاشاني ، نعم خلت منه المقنعة والمراسم والنهاية والكافي ، ولعلهم ليسوا مخالفين ، كما خلى المقنع والانتصار عـن

---

(١) سورة النساء الآية/٥ .

الباب بالكلية ـ انتهى .

ومن ذلك يظهر ، ان اكتفاء الجواهر بالاجماع في اعتبار كون المال عيناً وكونه دراهم ودنانير بعد اشكاله في سائر الادلة المذكورة لذلك غير ظاهر اذ قد عرفت عدم الاجماع .

نعم لاشبهة انه مشهور ،وعليه فالأدلة على الصحة بالنسبة الى المنفعة والدين بله غير الدرهم والدينار من النقد وغيره اطلاقات الأدلة ، مثل : «اوفوا بالعقود» و«تجارة عن تراض» واطلاقات أدلة المضاربة ـ بعد تحقق موضوع العقد والتجارة والمضاربة ، عرفاً فى كل ذلك ـ .

أما الادلة التي استدل بها القائل بالمنع من اصالة الفساد واصالة عدم الأثر والقدر المتيقن . وان الايتين تدلان على الصحة ، لاعلى كونها مضاربة ، و الاطلاقات غير واردة في مقام البيان من هذه الجهة ، كما في الرياض وغيره فلايخفى ما في الجميع ، لان الاصل والقدر المتيقن لامجال لهما مع الادلة ، واذا صدق موضوع المضاربة عرفاً ،لاوجه لمنع دلالة الايتين ، والاطلاق اطلاق ، فمن اين عدم شموله لمثل المقام ، والا لتمكن كل مانع عن اي اطلاق ان يقول ليس الاطلاق من هذه الجهة .

نعم فى المقام رواية يمكن ان يستدل بها المانع ، عن جعل الدين رأس المال ، وهي ما رواه السكوني ـ حسب ما رواه المشايخ الثلاثة ـ عن ابي عبد الله عليه السلام ، قال امير المؤمنين عليه السلام ، في رجل له على رجل مال

الا بعد قبضه ، ولو اذن للعامل فى قبضه مالم يجدد العقدبعد القبض .

نعـم ، لو وكله على القبض والايجاب من طرف المـالك والقبـول منه

فيتقاضاه ، ولايكون عنده ، فيقول : هو عندك مضاربـة ؟ قـال : لايصلح حتى تقبضه منه .[1]

حيث دل على عدم صحة جعل الدين رأس المال فـي المضاربة ، لكن هذه الرواية ، وان كان سندها حجة ،الا ان في دلالتها ضعف ،حيث ان ظاهره لايكون عنده انه لارأس مال ، ومن المعلوم لاتصح المضاربة بدون رأس المال فيكون معنى (حتى تقبضه منه) ان يجعل المال خارجياً ، وهذا لاربط له بعدم صحة جعل الدين رأس مال، كما اذا طلب زيد من عمرو ديناراً فقال له :اجعله رأس المال ولى نصف الربح .

لايقال : واذا كان المديون لم يملك كيف يطلب منه الدائن المضاربة ؟

لانه يقال : لابد من ارادته اعطاء شيء ربحاً للدين ، فيكون شبيهاً بالربا فعدم جعل الدين مضاربة (الا بعد قبضه) محل اشكال .

أما قول المصنف :(ولو اذن للعامل في قبضه مالم يجدد العقد بعد القبض) فوجهه انه لايصح العقد قبل القبض ـ على مبناهم ـ.

(نعم لو وكله على القبض والايجاب من طرف المالك والقبول منه) اي

---

(١) الوسائل : ج/١٣ ص ١٨٧ الباب ٥ من أبواب أحكام المضاربة ح/١ .

بأن يكون موجباً قابلا صح . وكذا لو كان لـه على العامل دين لم يصح جعله قراضاً الا ان يوكله في تعيينه . ثم ايقاع العقد عليه بالايجاب والقبول بتولي الطرفين .

وقبل بعد ايجابه الوكالي ، فانه لايصح عطف (والقبول) على (الايجاب) ،لان القبول ليس من متعلقات (وكله) .

(بانيكون موجباً قابلاصح،) لانرأس المالصار عيناً حينئذ ،فان اطلاقات أدلّة الوكالة تشمله .

(وكذا لوكان له على العامل دين) من أيّ أنواع الدين كان من جهة الغصب أو الاتلاف ، أو غير ذلك (لم يصحّ جعله قراضاً) عند المشهور (الا ان يوكله في تعيينه ، ثم ايقاع العقد عليه بالايجاب والقبول بتولي) العامل (الطرفين)أو بنحو التوكيل عن مالك رأس المال ، أو عن نفسه فيكون العامل متولياً لاحد الطرفين ، أو يوكل انساناً ثالثاً عنهما ، أو انسانين .

ثم ان المالك لوقال له : اجعل الدين عيناً أول الشهر واجعله مضاربةعلى النصف فلم يجعله أول الشهر ، فيما لو جعله كذلك لكان ربح ديناراً فقد فوت المديون نصف دينار على المالك ، حيث انه لو اعطاه ماله اعطاه المالك الى عامل آخر .

وحصل نصف الدينار ، فهل يضمن العامل ذلك؟ بنائهم على عدم الضمان للاصل ، لكن يمكن احتمال الضمان في أمثال هذه الموارد ، لانه فوت حقه

الثاني : ان يكون من الذهب أو الفضة المسكوكين بسكة المعاملة بأن يكون درهماً اودينارا ً، فلاتصح بالفلوس ولابالعروض بلا خلاف بينهم، وان لم يكن عليه دليل سوى الاجماع

عرفاً ، وقد ورد لايتوى حق امرء مسلم،[(١)] والمستفادمنه الضمان لامجردالتكليف واى فرق بين المقام وبين استيلاء الغاصب على داره ، حيث فوت عليه منافعها وقد ذكر بعضهم في كتاب الغصب الضمان بالنسبة الى مالواستولى على انسان حر ففوت منافعه .

(الثاني) من شروط القراض (ان يكون) رأس المال (من الذهب أوالفضة المسكوكين بسكة المعاملة بأن يكون درهماً أو ديناراً) وان كان ظاهرهم كل سكة فضة او ذهب وان لم يكونا بعنوان الدرهم والدينار (فلاتصح بالفلوس ولابالعروض بلاخلاف بينهم ، وان لم يكن عليه دليل سوى الاجماع) ادعى لاخلاف أو الاتفاق أو الاجماع عليه التذكرة والروضة والمسالك ، والمفاتيح، وجامع المقاصد ، وفي الجواهر الاجماع بقسميه عليه ، الى غيرهم ، وربما استدل له ايضاً بما في بعض الروايات من ذكر الدرهم ، مثل رواية عبدالملك اعط الرجل ألف درهم اقرضها اياه واعطه عشرين درهماً يعمل بالمال كله.[(٢)]

وروايته الاخرى : اذا دفعت المال وهوخمسون ألفاً عليك من هذا المال عشرة الاف درهم قرض ، والباقي معك تشترى لي بها .[(٣)]

---

(١) المستدرك : ج/٣ ص ٢١٥ الباب من أبواب نوادر الشهادات ح/٥ .
(٢) الوسائل : ج/١٣ ص ١٨٤ ح/١ .
(٣) الوسائل : ج/١٣ ص ١٨٤ ح/٤ .

نعم تأمل فيه بعضهم وهو في محله لشمول العمومات الا ان يتحقق الاجماع وليس ببعيد فلايترك الاحتياط .

(نعم تأمّل فيه بعضهم) فقد تقدم في الشرط الاول اشكال جمع وسكوت آخرين ، وقال في الحدائق : ان من لايلتفت الى دعوى مثل هذه الاجماعات لعدم ثبوت كونها دليلا شرعياً ، فانه لامنع عنده من الحكم بالجواز في غير النقدين نظراً الى عموم الأدلة على جوازه،وتخصيصها يحتاج الى دليل شرعي وليسْ فليس، والدليلان المتقدمان لايخفى ما فيهما،اذلا اجماع صغرى ولا حجيّة فيه ـ لو كان ـ كبرى ، لأحتماله الاستناد ، حيث قد عرفت عدم تعرض جملة من الفقهاء لهذا الشرط ، بل لعل ظاهر الخلاف وغيره انّ المسألة ليست اجماعيّة لأنهم تمسكوا بعدم الدم على الصحة دون الأجماع ، وانما ادعوا الاجماع، وعدم الخلاف في صحة مضاربة الدرهم والدينار .

أمّا الروايات فلا دليل فيها ، لانها من مفهوم اللقب ، بل ربما يؤيد صحة غير الدرهم والدينار: ان البضاعة كانت الرائجة في زمن النبي صلى الله عليه و آله وسلم ، وعباس عمّه صلى الله عليه و آله وسلم كان يضارب(١) ، كما في الروايات وصحّحها رسول الله صلى الله عليه و آله وسلم مما يستأنس له بكون مضاربته أعم من النقد ، وان كان في الاستيناس ما فيه . (٣)

وكيف كان، فمنه يعلم وجه قول المصنف:(وهو في محله لشمول العمومات) والاشكال فيها قد تقدم دفعه (الا ان يتحقق الاجماع، وليس ببعيد فلايترك الاحتياط)

---

(١) الوسائل : ج/١٣ ص ١٨٢ الباب ١ من أبواب أحكام المضاربة ح/٧ .

ولابأس بكونه من المغشوش الذى يعامل به ،

لكنك قد عرفت عدم الاجماع ولذا ذهب غير واحد من المعاصرين الى جوازه وما في المستمسك من ان مراد الاصحاب ان كان عدم صحة المضاربة بغير الدينار والدرهم ، فهوفي محله للاصل بعد عدم كون المعاملة حينئذ مضاربة عند العرف ، ولاحاجة الى دعوى الاجماع في ذلك ، وان كان مرادهم عدم الصحة أصلا ، ولولا بعنوان المضاربة فهو غير ظاهر ، ولم يثبت اجماعهم عليه كما عرفت ذلك في اشتراط السابق ـ انتهى .

يرد عليه ان المعاملة مضاربة عرفاً ، وان صح كلامه بانه تثبت المعاملة ان لم تصح المضاربة لما المعنا اليه غير مرة من انه لاذليل على حصر المعاملات في المذكورات في الروايات وكتب الفقه ، لاطلاق الادلة .

(و) كيف كان فـ (لابأس بكونه من المغشوش الذى يعامل بـه) كما عن اطلاق فقه الراوندى ، والنافع ، واللمعة ، والتبصرة ، والروضة ، والكفاية وغيرهم ، حيث اطلقوا الدرهم والدينار ، ولم يقيدوها بالصحة ونحوها ، خلافاً لمن قال بعدم صحة المضاربة بالمغشوشة ، كما حكي عن الخلاف والمبسوط والوسيلة والغنية والسرائر ، وجامع الشرائع ، وجملة مـن كتب العلامـة ، والروض ، والمسالك ، وفصل التذكرة وجامع المقاصد والمسالك و مجمع البرهان ـ على ما حكي ـ بين مالايتعامل به من المغشوش ، فـلايصح وبين ما يتعامل به فيصح ، وفي مفتاح الكرامة : ان كلام القدماء خال عن هذا القيد وحيث قد عرفت ان مبنى مشترط ان يكون درهماً أو ديناراً صدق الاسم ، فهو المعيار وان كان مغشوشاً ، ولذا تجب فيهما الزكاة ، كما ذكر ذلك في الجواهر .

مثل الشاميات والقمرى ونحوها .

نعم ، لو كان مغشوشاً يجب كسره بان كان قلباً لم يصحّ وان كان له قيمة فهو مثل الفلوس .

نعم ، اذا كان الغش بحيث يسلب صدق الذهب والفضة لغلبته الخليط لم تصح المضاربة ، لعدم الصدق ـ كما صرّح بذلك المستمسك ـ ولعل المصنّف انما قال يعامل به لأجل بيان ما ذكرناه .

أما قوله : (مثل الشاميات والقمرى ونحوها) فلا يهم التكلم حولها بعد انتفاء الموضوع في الحال الحاضر .

(نعم لو كان مغشوشاً يجب كسره ان كان قلباً) بأن لم يكن حقيقة الذهب والفضة ، بل كان مشبهاً بهما ـ مما يوجب خداع الناس ، ولذا وجب كسره ـ (لم يصح) اذ ليس ذهباً ولا فضة (وان كان له قيمة) باعتبار صورته ، اذ لا عبرة بالقيمة والّا فالعروض ايضاً له قيمة .

(فهو مثل الفلوس) المصنوع من الحديد ، أو النيكل ، حيث لا تصح مضاربتها، وان كانت لها قيمة، وقد صرح بعدم صحة المضاربة بالفلوس الخلاف والمبسوط والغنية والسرائر والشرائع والتحرير والمسالك وغيرهم ، بل عن التذكرة عند علمائنا ، كما نقل عنهم مفتاح الكرامة وغيره .

ثم انّ وجوب الكسر ذكر في بعض الروايات .

مثل خبر المفضّل بن عمر الجعفي ـ المرويّ عن الشيخ ـ قال : كنت عند ابي عبد الله عليه السلام فألقى بين يديه دراهمُ فالقى الّي درهماً منها فقال أيش هذا؟ فقلت ستوق، فقال: وما الستوق فقلت: طبقتين فضة وطبقة من نحاس وطبقة

....

من فضة فقال عليه السلام: اكسرها فانه لايحل بيع هذا ولاانفاقه.[1]

قال في الوسائل: هذا محمول على كونه غير معلوم الصرف ولاجائزاً بين الناس، فلا يجوز انفاقه ، الا ان يبين حاله ذكره الشيخ وغيره، ويحتمل الحمل على الكراهة.[2]

أقول: وكأنه لذا قال الجواهر: الظاهر عدم وجوب الكسر وان نص عليه في الخبر السابق، الا اني لم أجد من افتى به بل والفتوى وباقي النصوص على خلافه .

ثم الظاهر ان الكسر كناية عن عدم جواز الانتفاع به ، فيما كان غشاً للطرف الاخر، أوكان غبناً، أماإذا لم يكن احدهما جاز الانتفاع لعدم الدليل على العدم، بل يشمله اطلاقات ادلة التعامل، وهذه الرواية لابد من حملها على الكراهة ، أو على صورة عدم الجواز ، لبعض الروايات الاخر الدالة على الجواز .

مثل صحيح محمد بن مسلم، قلت لابى عبد الله عليه السلام: الرجل يعمل الدراهم يحمل عليها النحاس أوغيره ثم يبيعها، قال عليه السلام: اذا بين للناس ذلك فلا بأس.[3]

وعن محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام قال : جائه رجل من اهل

---

(١) الوسائل : ج/١٢ ص ٤٧٣ الباب ١٠ من أبواب الصرف ح/٥ .
(٢) الوسائل : ج/١٢ ص ٤٧٣ الباب ١٠ من أبواب الصرف ح/٥ .
(٣) الوسائل : ج/١٢ ص ٤٧٣ الباب ١٠ من أبواب الصرف ح/٢ .

ولوقال للعامل : بِع هذه السلعة وخذ ثمنها قراضاً لم يصّح الاّ ان يوكّله في تجديد العقد عليه بعد ان نض ثمنه .

الثالث : ان يكون معلوماً قدراً ووصفا

سجستان، فقال له : ان عندنا دراهم يقال لها الشاهية يحمل على الدرهم دانقين فقال: لابأس اذا كانت تجوز.(١) الى غيرهما مما ذكروه في باب الصرف ، وعليه يشكل الكسر اذا كان اسرافاً ، فالحمل على الكراهة في الرواية السابقة محل نظر .

(ولو قال للعامل : بع هذه السلعة)بالدينار أوالدرهم (وخذ ثمنها قراضاًلم يصح)لفقد الشرط الاول كما في المستمسك (الا ان يوكله في تجديد العقدعليه بعد ان نض ثمنه) الاان يقال: لايحتاج الى تجديد العقد فان مثل الكلام السابق وكالة في اجراء المعاطات، وعلى هذا، فالاقوى كفاية مثل الكلام المتقدم.

(الثالث)من شروط رأس المال(انيكونمعلوماً قدراً ووصفاً)على المشهور قال في مفتاح الكرامة عند قول العلامة (فلا تصح على المجهول قدره) :بلا خلاف الا من المبسوط وجامع الشرائع والمختلف واللمعة ، وكذا مجمع البرهان، وقد يظهر ذلك مما ترك فيه اشتراط ذلك كالمهذب والغنية والسرائر وغيرها .

ثم ان المشهور الذين قالوا بالاشتراط استدل لهم بالاصل، وبعدم صدق

---

(١) الوسائل : ج /١٢ ص ٤٧٣ الباب ١٠ من أبواب الصرف ح/٦ .

ولاتكفى المشاهدة وان زال بها معظم الغرر .

المضاربة، وبما ورد من ان النبيصلى الله عليه وآله وسلم نهى عن الغرر[١].

(و)عليه (لاتكفى المشاهدة وانزال بها معظم الغرر) فقد حكي عن المبسوط الاكتفاء في جواز المضاربة بالمشاهدة لزوال معظم الغرر، واشكل عليه بأن بقاء بعض الغرر غرر ، فيشمله النهى ورد بأن مراد الشيخ ان مايبقى لايسمى غرراً عرفاً حتى يشمله النهي المتقدم .

وكيف كان ، فالظاهر عدم هذا الشرط لاطلاق ادلة المضاربة بعد صدق المضاربة، والاستدلالات المذكورة غير تامة، اذلو اريد بالاصل اصالة عدم كونه مضاربة ، فلامجال للاصل بعد صدقها عرفاً ولو اريد اصالة الفساد، وعدم ترتب الاثر ، ففيـه : ان الاطلاق مانع عن الاصل ، وبذلك يعرف عدم تمامية كونها ليست مضاربة .

واما الحديث ففيه بعد تسليم السند ولو بمعونة الشهرة الجابرة انه لانسلم صدق الغرر في كل مورد ، فالدليل اخص من المدعي ، ولذاقال فيالجواهر: والتحقيق ان لم يكن ثم اجماع عدم قدح الجهالة التي تؤل الى علم، نحو ان يقع العقد على مافي الكيس مثلا ثم يعدانه بعدذلك، لاطلاق الادلة أوعمومها .

اما الجهالة التي لاتؤل الى علم، فالظاهر عدم جوازها ، لعدم امكان تحقق الربح معها وهو روح هذه المعاملة ـ انتهى.

وان كان يرد على شقه الثاني اولا: بامكان تحقق الربح، فانه اذا لم يعلم كم

---

(١) الوسائل : ج/١٣ ص ٢٦٦ الباب ١ من أبواب لا يجوز بيع ما يضربه الصياد ح/١٣ .

الرابع : ان يكون معينا

في الكيس ، واشترى بكل دينار منه كتاباً ثم باع كل كتاب بدينار وربع ظهر الربح، وانه خمس المجموع .

وثانياً: بأن الجهالة في مثل ذلك مثلها مثل الجهالة في الشركة ونحوها، فهل يستشكل فيما اذاخلط احدهما لبنه بلبن الاخر، ولايعلم كم لبن كل منهما ومن البعيدجداً ان يمنع ذلك الجواهر أوغيره، ويكون المحتمل عند الاختلاف موازين القضاء من قاعدة العدل، والقرعة وغيرهما.

ومنه يعلم، ان قول المستمسك انه لواستدل على بطلان المضاربة بقصور الاطلاق عن اثبات الصحة، فالمرجع الاصل المقتضى للبطلان كان متيناً، غير ظاهر الوجه، لماتقدم من انه لاوجه لمنع الاطلاق .

(الرابع) من شروط رأس المال (ان يكون معيناً) وقد استدل له بالاصل، وبالغرر ، وبالاجماع ، وبأن المبهم المردد لاوجود له فى الخارج ، وفي الكل مالايخفى، اذ قدعرفت فى الشرط الثالث عدم تمامية الاولين.

اما الأجماع، فالظاهر انّه غيرموجود، قال فى محكى مجمع البرهان : كانّ دليل اشتراط التعيين بالمعنى المذكور اجماع، وقال فى موضع آخر منه: انعدم كون التعيين بالمعنى المذكور مضراً غيرظاهر

أقول : كيف ينعقد الاجماع ؟ وقد قال في مفتاح الكرامة: انّه لم يذكر هذا الشرط الاعشرة كتب فقط فراجع كلامه، ولذااشكل غيرواحد من المعلقين على هذا الشرط .

ومنه يعلم ، وجه النظر فى ادعاء المستمسك الاجماع عليه ، كما ظهر

فلو احضر مالين وقال : قارضتك بأحدهما او بأيهما شئت لم ينعقد الا ان يعين ثم يوقعان العقدعليه .

نعم لافرق بين ان يكون مشاعا او مفروزاً بعد العلم بمقداره ووصفه ،

الاشكال في قول المصنف .

(فلو أحضر مالين ، وقال : قارضتك باحدهما، أو بأيهما شئت ، لم ينعقد الا ان يعين ثم يوقعان العقد عليه) اما الأستدلال على البطلان بانه مردد ففيه انه يعين بتعيين العامل ، فهو مثل ان يقول : خذ، اى المالين شئت هبة ، نعمهو خلاف الاحتياط .

قال في القواعد : لو دفع اليه كيسين ، فقال : قارضتك على احدهما ، والاخر وديعة ، لم يعين أو قال : قارضتك على أيهما شئت لم يصح ، ومثله قال غيره .

(نعم لافرق بين ان يكون مشاعاً على نحو الكسر المشاع ، أو الكلي في المعين (أو مفروزاً) لاطلاق أدلة الصحة ، بل في مفتاح الكرامة : وقد جوز القراض بالمال المشاع ، وفي الجواهر بلاخلاف ولااشكال، ولاشك في الصدق فقول المستمسك ، لو فرض الشك في الصدق ، لاحتمال اعتبار الافراز في صدق المفهوم عرفاً ، فالاطلاق لامجال للتمسك به ، بل المرجع اصالة عدم الاثر. غيرظاهر الوجه، وقول المنصف : (بعد العلم بمقداره ووصفه) بناءعلى ما تقدم من اشتراط العلم بالمقدار الذى قد عرفت الاشكال فيه .

فلو كان المال مشتركا بين شخصين فقال احدهما للعامل : قارضتك بحصتى فى هذا المــال صح مع العلم بحصته من ثلث أو ربع ، و كذا لو كان للمالك مائة دينار مثلا ، فقال: قارضتك بنصف هذا المال صح .

ومما تقدم ظهر عدم الاشكال فيما ذكره المصنف بقوله : (فلو كان المال مشتركاً بين شخصين فقال احدهما للعامل: قارضتك بحصتى فى هذا المال صح مع العلم بحصته من ثلث أو ربع) وان كان مقتضى ماذكره المصنف الاشكال فى نفس هذا المثال اذا لم يعرف العامل، أو المالك قدر الثلث والربع ، كما لو مات الاب وخلف ولداً وبنتاً وكان له مال فى صندوق لم يعلم هل انه ثلثمائة او اكثر، فان مجرد العلم بأن للولد ثلثين لم ينفع فى جعله مضاربة بعد عدم علمه بالقدر ، ولعل المصنف أراد عرفان المقدار ، (وكذا) مقتضى القاعدة الصحة كما عرفت .

(لو كان للمالك مــائة دينار مثلا ، فقال : قارضتك بنصف هــذا المال صح) لما تقدم من اطلاق الادلة الشامل للمشاع ، والحاصل ان كلا من الجهالة فى المالك والعامل والمال لايضر بصحة المضاربة، فلو كان صاحب المال مجهولا للعامل ، لكنه وضعه للمضاربة صح أخذه من العامل ـ بالمعاطات ـ كمــا انه كذلك اذا كان العامــل مجهولا للمالك وهكذا اذا كان المال مجهــولا ولــذا قال فى مفتاح الكرامة : انها تحمل من الجهالة ما لاتحمله العقود اللازمة .

ومنه تعلم ، صحة المضاربة اذا لم يعرف احدهما الآخر ولاعـرف ، اى

الخامس : ان يكون الربح مشاعا بينهما فلو جعل لاحدهما مقداراً معينا والبقية للاخر او البقية مشتركة بينهما لم يصح .

منهما مقدار المال وكانت معاطاة في البين ، وان كان الاحتياط مراعات ما ذكروه والله العالم .

(الخامس) من شروط المضاربة (ان يكون الربح مشاعاً بينهما فلو جعل لاحدهما مقداراً معيناً والبقية للاخر أو البقية مشتركة بينهما لم يصح) واستدل لذلك بأمور .

الاول: ما قاله الجواهر من انه لو كان لاحدهما شيء معين والباقي للاخر بطل اجماعاً ، وقال في الحدائق : الظاهر انه لاخلاف بينهم في انه يشترط في الربح الشياع .

وقال في المستمسك : ويظهر من كلمات غير الحدائق الاجماع على الحكم المذكور .

الثاني: ما ذكره الشرائع من انه لا يوثق بحصول الزيادة فلا تحقق الشركة .

الثالث: ما ذكره مفتاح الكرامة قال : لانه خلاف وضع القراض وهو خلاف مقتضى العقد .

الرابع : انه خلاف ظاهر الروايات الدالة على الشياع ، مثل قول السائل في خبر عبد الملك : فما اصبت منها جميعاً فهو بيني وبينك فسألت أباعبدالله عليه السلام ، عن ذلك ؟ فقال : لابأس به.[1]

---

(١) الوسائل : ج/١٣ ص ١٨٤ الباب ٢ من أبواب أحكام المضاربة ح/١ .

وفي رواية المرادي ، سألت أباعبدالله عليه السلام عن الرجل يقول للرجل ابتاع لك متاعاً والربح بيني وبينك ؟ قال عليه السلام لابأس.[١]

وفي رواية الحلبي : وان ربح فهو بينهما[٢] . الى غير ذلك .

الخامس : ما رواه الدعائم، عن ابي عبدالله عليه السلام، انه قال في الرجل يعطي الرجل مالا يعمل به على ان يعطيه الربح مقطوعاً قال : هذا الربا محضا.[٣]

لكن كل هذه الوجوه لاتفي باطلاق ما ذكروا ، فالاجماع غير موجود في المسألة مع انه لو كان ، كان من محتمل الاستناد بل مظنونه، والثاني اخص من المدعى ، والثالث غير ظاهر، اذلاوجه لجعله خلاف مقتضى العقد ، والحال انه يتعارف مثل ذلك فيقول صاحب المال للعامل اعمل وخذ كل يوم مقدار دينار لمصرفك والربح بعد ذلك بيننا ، والرابع لادلالة فيه ، الامن باب مفهوم اللقب بالاضافة الى ان (بينهما) ونحوه أعم، والانصراف لو كان فيقرب ان يكون بدوياً والخامس أولا لادلالة فيه بالنسبة الى جعل شيء مقطوع للعامل وثانياً ان الرواية انما تعرضت بصورة ما كان الامر رباً ، أما اذا لم يكن ، كما لو علم ان الف رأس المال يربح مالايقل من خمسمائة فقال المالك اعطني مائة والبقية اثلاثا مثلا لم يكن ذلك من الربا الذي هو محتمل ان لايربح او يربح بقدر الربا او اقل منه او اكثر ، ولذا ذهب جمع من المعاصرين الى الاشكال في هذا الشرط ، وليس

---

(١) الوسائل : ج/١٣ ص ١٨٥ الباب ٣ من أبواب أحكام المضاربة ح/١ .
(٢) الوسائل : ج/١٣ ص ١٨١ الباب ١ من أبواب أحكام المضاربة ح/٢ .
(٣) المستدرك : ج/٢ ص ٥٠١ الباب ٢ من أبواب أحكام المضاربة ح/٢ .

السادس : تعيين حصة كل منهما من نصف أو ثلث أو نحو ذلك

المراد اسقاط هذا الشرط رأساً ، بل اسقاط اشتراطه مطلقاً. ومع ذلك فالاحوط مراعاته .

نعم ، فيما يستلزم الربا لم يصح ، لا لخبر الدعائم[١] حتى يقال انه ضعيف السند ، بل لادلة حرمة الربا .

(السادس) من شروط المضاربة (تعيين حصة كل منهما من نصف اوثلث او نحو ذلك) اقول التعيين على اقسام .

الاول : ما ذكره ، وصحته اجماعي ، كما يدل عليها النصوص ايضاً .

الثاني : ان يقول لك جزء ، او حظ او نصيب ، وهذا لا يصح ، لانه خلاف ادلة المضاربة عرفاً وشرعاً ويشمله دليل نهي النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن الغرر وقد صرح بعدم صحة مثل ذلك مفتاح الكرامة وغيره ، ولعله المراد من عبارة القواعد ، حيث قال ان يكون الربح مقدراً بالجزئية لا بالتقدير كالنصف او الثلث .

الثالث : ان يقول : لك ثلث ، أو ربع مثلا ، بأن جعل له الشيء المردد ، وهذا لا يصح ، لانه غرر ، وخلاف مقتضى المضاربة ، وفي المستمسك استدل له بأن المردد لا يقبل الملك ، كما لا يقبل غيره من الاحكام ، وان كان فيه نظر فان كثيراً من الاحكام تترتب على المردد ، كما اذا قال في الوصية : اعط زيداً

---

(١) المستدرك : ج/٢ ص ٥٠١ الباب ٢ من أبواب أحكام المضاربة ح/٢ .

. . . . |

أوعمروأ ديناراً ، أواعط ديناراً، أوديناراين لزيد ، أوأباح له ان يجلس في داره شهراً ، أوشهرين ، أو أباح ان يجلس في داره زيد ، أوعمرو ، أو اباح لزيد ان يجلس في داره الشرقية ، أو الغربية ، الى غيرذلك من الامثلة »

الرابع : ان يقول : لك بالنسبة العادلة حيث لايعلمانها هل هي الثلث ، أو الربع ، اوأقل، أوا كثر؟ في ماذا كان في الواقع مقداراً خاصاً ، فان العقلاء يجعلون لكل من رأس المال وللعمل نسبة خاصّة من الربح ، ومقتضى القاعدة الصحة ، لأطلاق أدلة المضاربة، وأدلةالعقود ، وعدم محذور في ذلك من غرر اونحوه ، وان كان ظاهر بعضهم المنع في أمثال ذلك .

الخامس: ان يقول لك مثل ما اعطى التاجر الفلاني لعامله ، وظاهر كلامهم الاشكال في ذلك أمالانه غرر واما لانه خلاف مقتضى المضاربة واما الانصراف ادلة المضاربة عن مثله ، لكن الظاهر الصحة لبطلان الوجوه المذكورة ، ولذا قال في المستمسك : لوقال: لك مثل ما شرط فلان ، فدليل بطلانه غير ظاهر .

السادس : ان يردد في الامر بأن يقول : ان ربحت فوق الالف فلك الثلث وان ربحت دون الالف فلك النصف، سواء كان ذلك شرط المالك على العامل اوبالعكس ، ومقتضى القاعدة الصحة، لانه شرط عقلائي ، فالعامل مثلا، حيث تكون اجرته في الشهر خمسمائة لايستعد ان يأخذ اقل بالمضاربة ، ولذا يجعل الشرط بحيث لايكون له اقل .

وكذلك المالك انـه ان اشترى بالمال البضاعة الفلانية حصل على ألف

الا ان يكون هناك انصراف ينصرف اليه الاطلاق .

السابع : ان يكون الربح بين المالك والعامل . فلوشرطا جزءاً منه لاجنبى عنهما لم يصح الا ان يشترط عليه عمــل متعلق بالتجارة

قطعاً ، فلا يريد ان ينقص حظه فى المضاربة ، ويأتى هنا احتمال الانصراف و الغرر ، وانه خلاف مقتضى العقد، وقدعرفت الاشكال فى المذكورات ويمكن تصورات اخر لجعل الربح بينهما نضرب عنها خوف التطويل .

(الا ان يكون هناك انصراف ينصرف اليه الاطلاق) وقد اراداه ، فيكون الانصراف موجباً للعلم بالمقدار ،ولولا الارادة لم ينفع الانصراف ، اذ العقود تتبع القصود ، و كأن المصنف لـم يذكر الارادة اعتماداً علـى وضوح هذا الشرط .

(السابع) من الشروط (ان يكون الربح بين المالك و العامل ، فلو شرطا جزءاً منه لاجنبى عنهما لـم يصح الا ان يشترط عليه عمل متعلق بالتجارة ،) قال فى القواعد فان شرط جزءاً منه لاجنبى فان كان عاملا صح ، والابطل .

وقال فى مفتاح الكرامة : فى شرح ذلك قولا واحداً فى الحكمين معاً ، كما فى المبسوط ، وبهما صرح فى المهذب والشرائع والتذكرة و التحرير والارشادوالتنقيح وجامع المقاصدوالروض والمسالك ومجمع البرهان،والمراد بالاجنبى من كان غير المتعاقدين ـ انتهى .

واستدل له هؤلاء بأمرين :

الاول : انه خلاف مقتضى المضاربة .

نعم ذكروا انه لو اشترط جزءاً من الربح لغلام أحدهما صح

الثاني: ظهور النصوص كون الربح بينهما ، فهو خلاف الأدلة ، ولا يخفى مافى كليهما ، اذ لانسلّم انّه خلاف مقتضى المضاربة ، بل هو خلاف اطلاقها ، ولذا لايشكّ العرف فى صدق القراض عليه مع هذا الشرط ، وليس ذلك مثل ان يبيعه بشرط ان لا يملك المتاع ، كما انّ النصوص ليست حاصرة ، بل ذكرت ماهو مقتضى الاطلاق ،فالاستدلال بها لما نحن فيه من قبيل الاستدلال ، بمفهوم اللقب .

هذا بالاضافة الى انه لو كان شرطاً لامقوماً كان من الشرط الفاسد ، وبنائهم على انه ليس بمفسد ، ثم لو قيل بعدم مثل هذا الشرط، فان قال للعامل :لك الثلثان على ان تعطى امرأتك ـ مثلا ـ نصفه، فهل يصح الشرط ، لأطلاق أدلّة الوفاء بالشرط أولا ؟ لانه شرط للاجنبى ، احتمالان ، وان كان الاقرب الاول .

وفى محكى التحرير النظر فى لزوم هذا الشرط ، وعن التذكرة لم يلزم الشرط ، فان اوجبه ، فالاقوى البطلان، وعن التنقيح ، وفيه وجه آخر بالصحة لاعمل عليه ، واحتمل الامرين مجمع البرهان فيما حكى عنه .

اما اذا شرط على الثالث عمل متعلق التجارة فلايضر ، اذ يرجع الامر فى الحقيقة الى تعدد العامل ، وذلك جائز بلاخلاف ولااشكال .

(نعم ذكروا انه لو اشترط كون جزء من الربح لغلام احدهما صح) كما عن المبسوط والمهذب والتحرير والشرائع والتذكرة والارشاد وجامع المقاصد و المسالك ومجمع البرهان وغيرهم بل عن الاول الاجماع عليه .

ولابأس به خصوصا على القول بأن العبد لايملك ، لانه يرجع الى مولاه . وعلى القول الاخر يشكل الا انه لما كان مقتضى القاعدة صحة الشرط حتى للاجنبى والقدر المتيقن من عدم الجواز ما اذا لم يكن غلاما لاحدهما فالاقوى الصحة مطلقا ، بل لايبعد القول به فى الاجنبى أيضا ، وان لم يكن عاملا لعموم الادلة .

(ولابأس به) للاجماع المذكور، ولانه في الحقيقة راجع الى كيس الشارط (خصوصاً على القول بأن العبد لايملك، لانه يرجع الى مولاه) لكن لايخفى انه ان لم يملك لم يكن هذا شرطاً واقعاً وان كان يملك كان الدليلان السابقان بناءاً على صحتهما آتيين في المقام ايضاً .

ولعله أشار الى ذلك بقوله : (وعلى القول الاخر) بملك العبد (يشكل) اذ لافرق بينه وبين الاجنبي (الا انه لما كان مقتضى القاعدة صحة الشرط حتى للاجنبي) لاطلاق أدلة الوفاء بالشرط ، وعدم كون هذا الشرط خلاف مقتضى المضاربة، بل خلاف اطلاقه.

(والقدر المتيقن من عدم الجواز ما اذا لم يكن غلاماً لاحدهما) لانهم قد ذكروا صحة شرط اعطاء الغلام .

(فالاقوى الصحة مطلقاً) بالنسبة الى الغلام ، سواء قلنا بملكه أم لا؟ لكن يرد عليه انه لامجال للتمسك بالقدر المتيقن بعد ان لم يكن اجمال في المقام، الا ان يقال: ان المستند في عدم الجواز الاجماع، وهو لااطلاق له، لان المجمعين في المنع عن الاجنبي اجازوا الشرط بالنسبة الى الغلام فتأمل .

(بل لايبعد القول به في الاجنبي ايضاً، وان لم يكن عاملا لعموم الادلة) كما

الثامن : ذكر بعضهم انه يشترط ان يكون رأس المال بيد العامل فلو اشترط المالك ان يكون بيده لم يصح ، لكن لا دليل عليه

عرفت، فاشكال المستمسك عليه بأن العموم مخصص بما دل على اختصاص الربح بالمالك والعامل غير وارد بعد ان عرفت عدم وجه للتخصيص المذكور.

ومما تقدم يعرف وجه الصحة في ما اذا شرط بعض الربح لامر خيري كالوقف أو طائفة خاصة كالفقراء ، أو جعل بعض الربح منضماً الى رأس المال وبعضه لهما ، أو لأحدهما أو لآخر .

(الثامن) من شروط المضاربة (ذكر بعضهم انه يشترط ان يكون رأس المال بيد العامل) قال في القواعد: ان يكون مسلماً في يد العامل، فلو شرط المالك ان تكون يده عليه لم يصح .

وقال في مفتاح الكرامة: هذا شرط المصنف في التحرير ايضاً وقد يلوح من الايضاح اختياره، وفي جامع المقاصد انه أولى وابعد من الريب وقرب في التذكرة عدم اشتراطه، وقد خلت عنه كتب الاصحاب قاطبة من المقنعة والمقنع الى الرياض، بل ظاهر اكثرها عدمه ـ انتهى .

(فلو اشترط المالك ان يكون بيده لم) يبطل ، و (يصح) مضاربة لاطلاق ادلة المضاربة .

ولذا قال المصنف : (لكن لا دليل عليه) وما استدل له بانه خلاف مقتضى المضاربة، ولان العامل لا يتمكن من العمل اذا لم يكن المال بيده، ولاصالة عدم الاثر غير تام، اذ لا نسلم الاول، ولذا رده جامع المقاصد بأنه موضع تأمل، والتمكن

فلا مانع ان يتصدى العامل للمعاملة مع كون المال بيد المالك. كما عن التذكرة.

التاسع : ان يكون الاسترباح بالتجارة، واما اذا كان بغيرها كأن يدفع اليه ليصرفه في الزراعة مثلا. ويكون الربح بينهما بشكل صحته

موجود بأن يحول العامل على المالك أو ماشبه، والاصل لايقاوم الدليل.

و أما ما في اخبار الباب من ان المالك يدفع المال الى العامل، ففيه انه سيق حسب التعارف، لانه شرط، وبذلك ظهر الجواب عن الاستدلال لذلك بالسيرة منذ زمانه صلى الله عليه وآله وسلم، اذلا نسلم السيرة أولا، ولادلالة فيها على الاختصاص ثانياً.

وعليه (فلامانع انيتصدي العامل للمعاملة مع كون المال بيد المالك، كما عن التذكرة) بل قدعرفت انه المشهور، وعليه فما في المستمسك ان الشك في اعتباره عرفاً في مفهوم المضاربة كاف في اعتباره، محل منع، ولذا قرر: ماوجدته من التعليقات فتوى الماتن.

(التاسع) من شروط المضاربة (ان يكون الاسترباح بالتجارة، واما اذاكان بغيرها كأن يدفع اليه ليصرفه في الزراعة مثلا ، و يكون الربح بينهما يشكل صحته) .

قال في القواعد : وشرطه ان يكون تجارة، فلا يصح على الطبخ والخبز والحرف، أما النقل والكيل والوزن ، ولو احق التجارة، فانها تبع للتجارة ،

والتجارة هي الاسترباح بالبيع والشراء، لابالحرف والصنائع» انتهى.

و قال في مفتاح الكرامة : كما صرح بذلك كله في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد، وهو صريح المبسوط في الاخير.

أقول:علل هذا الشرط في التذكرة بأنّ«هذه اعمال مضبوطه يمكن الاستيجار عليها فاستغنى بها عن القراض فيها،وانما يجوز القراض، فيما لايجوز الاستيجار عليه وهو التجارة التي لايمكن ضبطها ، ولامعرفة قدر العمل فيها ولاقدر العوض والحاجة داعية اليها ولايمكن الاستيجار عليها، فللضرورة مع جهالة العوضين شرع عقد المضاربة» انتهى .

اما من اين ان شرط القراض عدم صحة الاستيجار ، فقد ذكر وجهه ان المتيقّن من القراض ذلك ، فالأصل في ما عدا المتيّقن عدم الاثر ، فانّ الاعمال المذكورة ـ كالطبخ و الخبز ـ اعمال مضبوطة ، فلا ضرورة فيها الى ارتكاب مخالفة الاصول ، و تجويز القراض فيها، اذمعنى القراض على هذه الأشياء ان يقارضه على ان يشتري الحنطة ويطبخها ويخبزها، والطعام ليطبخه والغزل لينسجه و الثوب ليصبغه ، ونحو ذلك من الحرف ، هذا غاية ما يقال في وجه الشرط المذكور.

و لعل العلامة رأى عدم اطلاق الادلة ، فعلله فى قبال استحسانات العامة بالاستحسان، لان هذا الشرط أحدقولي الشافعية، والافمن المعلوم ان مثل هذه الامور لاتوجب الاشتراط .

اذ القدر المعلوم من الادلة هو التجارة ولوفرض صحة غيرها للعمومات ـ كما لايبعد ـ لايكون داخلا فى عنوان المضاربة .

العاشر: ان لايكون رأس المال بمقدار يعجز العامل عن التجارة به، مع اشتراط المباشرة من دون الاستعانة بالغير

ولذا قال المصنف في تعليل هذا الشرط : (اذ القدر المعلوم من الادلة هو التجارة) لكن الظاهر صحة المضاربة، لاطلاق الادلة بعد شمول المضاربة لها عرفاً، ولذا لم يكن مجال لقوله:(ولو فرض صحة غيرها للعمومات) مثل: اوفوا بالعقود.[1] وتجارة عن تراض.[2]

(ـ كما لا يبعد ـ لايكون داخلا في عنوان المضاربة) كما لا مجال لقول المستمسك من الشك في تحقق المضاربة عرفاً في مثل ذلك الموجب المرجوع الى اصالة عدم ترتب الاثر ـ انتهى .

فيصح كل تلك الاقسام مضاربة، بل وان يعطيه مالاليدرس، فاذا صار طبيباً أو مهندساً ـ مثلاً ـ كان شريكه في الربح. لكن اللازم ملاحظة عدم الاجحاف ونحوه، مما ثبت بالادلة الثانوية .

(العاشر) من الشروط (ان لايكون رأس المال بمقدار يعجز العامل عن التجارة به) سواء كان العجز ذاتياً، اولظرف زماني او مكاني طارء(ومع اشتراط المباشرة من دون الاستنابة بالغير) أولشرط خاص كاشتراط ان يتاجر بالبضاعة

---

(١) سورة المائدة الآية/١ .

(٢) سورة النساء : الآية ٢٩ .

أو كان عاجزاً حتى مع الاستعانة بالغير

الفلانية ، او بشرط آخر، ولم يكن كان قادراً على التجارة ، وانما العجز ناش عن الشرط .

(أو كان عاجزاً حتى مع الاستعانة بالغير) وبدون الشرط الخاص، ويدل على هذا الشرط عدم شمول ادلة المضاربة الا للمقدور، ولذا قال في الجواهر : لعل المتجه الفساد ، لمعلومية اعتبار قدرة العامل على العمل في الصحة نحو ما ذكروه في الاجارة ضرورة لغوية التعاقد مع العاجز

ومثله مالو كان المضارب عاجزاً عن المال، فكما لا تنعقد المضاربة لانتفاء ركن من ركنيها ، كذلك اذا انتفى الركن الثاني ، وهو العمل.

ومنه يعلم انما ذكره الشرائع والمسالك وغيرهما من الضمان بدون البطلان في مفروض المسألة غير ظاهر الوجه قال المحقق «واذا اخذ من مال القراض ما يعجز عنه ضمن» وقال المسالك في شرحه «هذا مع جهل المالك بعجزه لانه مع عجزه يكون واضعاً يده على المال على غير الوجه المأذون فيه لأن تسليمه اليه انما كان ليعمل فيه فكان ضامناً .

قال الجواهر : ونحوه في جامع المقاصد ، و قال في المستمسك و نحو عبارة الشرائع ذكر في القواعد» ثم قال المستمسك ان ماذكره العروة في محله.

اقول : لعل المحقق وبعض آخر، ارادوا بطلان العقد و انما عبروا بالضمان باعتبار التلازم العرفي.

ذكر المسالك وحيث يثبت الضمان لايبطل العقد به اذلامنافات بين الضمان و صحة العقد و علله في الحدائق بما تقدم من الاخبار و عليه اتفاق الأصحاب

والا فلايصح لاشتراط كون العامل قادراً على العمل، كما ان الامر كذلك في الاجارة للعمل، فانه اذا كان عاجزاً تكون باطلة،

من انه مع المخالفة لماشرطه المالك فانه يضمن والربح بينهما.

أقول: لاظهور في كلام الشرائع و نحوه في عدم البطلان اذ عدم التلازم حقيقة لا ينافي التلازم العرفي، وكيف كان فما ذكره الماتن هو الذي تقتضيه القاعدة أما احتمال ان البطلان ليس من جهة العجز بل من جهة ان الاذن والعقد كانا على المقدور فلا يخفى مافيه اذ العقد على غير المقدور ورباطل لانه ليس بشرعي ولا عقلائي فان قدر العامل صح (و الافلا يصح لاشتراط كون العامل قادراً على العمل، كما ان الامر كذلك في الاجارة للعمل) بل ينبغي ان يكون الامر كذلك في المزارعة والمساقات (فانه اذاكان عاجزاً تكون باطلة) لما سبق من عدم الدليل على الصحة عقلا أوشرعاً

ثم هل البطلان يكون للكل أو للمقدار العاجز عنه (١) اذا كان مقدار عاجزاً عنه ومقدار غير عاجزعنه كمااذا ضاربه بألف لاجل تجارة الحنطة والارز وقدكان الارز عاجزاًعنه فيكون البطلان في النصف المرتبط بالارزدون النصف المرتبط بالحنطة (٢) أو على سبيل البدل اذا كان العجز كذلك كما اذاكان عاجزعن الجمع بين تجارة الحنطة وتجارة الارز ولايعجز عن تجارة احديهما على سبيل البدل.

وهذا على ثلاثة اقسام فانه اما ان يعجز عن احدهما واما انيعجزعن نصف الاتجار سواء عن أحدهما أوعن نصفي كليهما مثلاكانت قدرته تجارة خمسمائة

فيكون تمام الربح للمالك وللعامل اجرة عمله مع جهله بالبطلان ،

اما الارز كلا او الحنطة كلا او بعض هذا وبعض هذا وانما العجز عن صرف الالف في التجارة .

واما ان يعجز عن بعض الجنس الواحد كما اذا كانت المضاربة بألف في الحنطة ولايقدر الاعلى خمسمائة منه فقط؟ احتمالان ظاهر المصنف بطلان الكل لكن المستمسك قال: إذا كان الموجب للبطلان العجز فالعجز كان عن المجموع فيوجب بطلان المجموع لابطلان كلّ جزء جزء لعدم العجز عن ذلك و حينئذ تصحّ في المقدور وتبطل فى الزائد ويكون من قبيل تبعض الصفقة .

وذهب الى ذلك غير واحد من المعلّقين وان كان يظهر من سكوت معظمهم على الماتن اختيارهم البطلان والظاهر الصحة هنا ، و في الاجارة والمزارعة والمساقات بالنسبة الى القدر المقدور كما في البيع كما انّه كذلك بالنسبة الى رأس المال اذا ظهر بعضه ناقصاً فى المعين اولم يقدر على بعضه المالك فى الكّلى او ما اشبه ذلك .

وعليه فاذا كان المالك جاهلا بعدم قدرة العامل كان له خيار تبعّض الصفقة واذا كان عالما لم يكن له خيار لأنه اقدم على ذلك كما لاخيار له فى البيع اذا اقدم على اشتراء المعيب.

وكيف كان، فاذا ابطله لجهله بالعجز (فيكون تمام الربح للمالك وللعامل اجرة عمله مع جهله بالبطلان) واما اذا كان عالماً بالعجز واقدم على المعاملة او كان جاهلا ولم يبطل كان الربح بين المالك والعامل بالنسبة .

اما المقدار العاجز عنه، فلاعمل ولاربح واذا كان جاهلا وابطله كان للعامل

ويكون ضامنا لتلف المال الا مع علم المالك بالحال

اجرة المثل ويحتمل اقل الامرين من المثل والمسمى لانه اقدم على المسمى فلا حق له في الازيد على الخلاف الذى ذكروه فى تلك المسألة .

ثم ان ما ذكرناه من الربح للعامل بالنسبة انما يراد به ما يستحق لا بنسبة العمل اذ قد يكون حجم الجزء بنسبة خاصة بينما قدر المال له بنسبة اخرى مثلا اذا استأجره فى صنع مصراعي باب لداره بدينار فصنع مصراعاً واحداً لم يكن يستحق نصف المبلغ بل اقل من ذلك ـ غالباً ـ .

وبما تقدم ظهر احكام كل الفروع من كون العامل جاهلا او عالما فى صورة عدم قدرة المالك على اعطاء كل المال ومن كون المالك جاهلا او عالما فى صورة عدم قدرة العامل على كل العمل وعند جهلهما اما ان يفسخ اذا ما علم و اما ان لا يفسخ (ويكون) العامل (ضامناً لتلف المال الا مع علم المالك بالحال).

والوجه في الضمان ما ذكره المسالك قائلا عند قول المحقق «واذا اخذ من مال القراض مايعجز عنه ضمن».

هذا مع جهل المالك بعجزه لانه مع عجزه يكون واضعاً يده على غير الوجه المأذون فيه لان تسليمه اليه انما كان ليعمل فيه فكان ضامناً .

اقول: قد نقول ببطلان المضاربة، وقد نقول بصحتها بالنسبة الى القدر المقدور و بطلانها بالنسبة الى القدر غير المقدور و على أى حال فالبطلان بالنسبة الى الجميع او البعض ان تلف ذلك القدر الذى تبطل فيه المضاربة ، هل يوجب الضمان كما تقدم عن المسالك وجهه أو لا يوجب لما ذكره المستمسك بقوله ان

الضمان في المقام مخالف لقاعدة مالايضمن بصحيحهلا يضمن بفاسده[1] فان مال المضاربة غير مضمون على العامل فى المضاربة الصحيحة فلا يكون مضموناً عليه في الباطلة الى آخره احتمالان.

و يمكن ان يقال : ان صور المسألة اربع لانهما اما عالمان بالبطلان ، او جاهلان او المالك عالم و العامل جاهل، اوبالعكس فان كانا عالمين بالبطلانفقد جعل المالك المال وديعة فى يد العامل والوديعة غير مضمونة .

ففي، صحيح الحلبي عن ابي عبدالله عليهالسلام قال: صاحب الوديعة و البضاعة مؤتمنان[2] و قال عليهالسلام: ليس على مستعير عارية ضمان وصاحب العارية والوديعة مؤتمن[3]) ونحوه غيره وان كانا جاهلين فقدأودع المالك بيد العامل، وان كان سبب الوديعة جهله حتّى انّه لو كان عالماً لم يعطه اياّه لكن عدم اعطائه اياه لايخرجه عن كونه وديعة والوديعة لاضمان فيه.

وان كان المالك جاهلا والعامل عالماً لم يبعد الضمان لأنّ علم العامل بأنّه لاحق له يوجب دخوله فى قاعدة «على اليد ما اخذت» فهو كما اذا زعم المالك انهذا زيد فاودعه المال، وقد كان عمرواً وعلم عمر وباشتباه المودع وادلّة الوديعة منصرفة من مثل هذه الصورة ولو كان العكس فقد اذهب المالك احترام ماله بعد أن اعطاه لمن يعلم انّه لايستحّق الاعطاء لان المالك عالم ببطلان المضاربة.

---

(١) انظر الجواهر : ج/٢٢ ص ٢٥٨ .
(٢) الوسائل : ج/١٣ ص ٢٣٧ الباب ١ من أبواب العارية ح/٦ .
(٣) الوسائل : ج/١٣ ص ٢٣٧ الباب ١ من أبواب العارية ح/٦ .

وهل يضمن حينئذ جميعه لعدم التميز مع عدم الاذن فى اخذه على هذا الوجه او القدر الزائد لان العجز انمايكون بسببه فيختص به او الاول اذ اخذ الجميع دفعة والثانى اذا اخذ اولا بقدر مقدوره ثم اخذ الزائد ولم يمزجه مع ما اخذه اولا

(وهل يضمن حينئذ جميعه لعدم التميز) لان وضع اليد فى حال الانضمام لافى حال الانفراد والمنضم غير مقدور العمل به فلايكون مأذونا فى قبضه فيكون مضمونا لاقتضاءِ اليد الضمان .

ولذا قال (مع عدم الاذن في أخذه على هذا الوجه،) حتى يكون امانـة (أو القدر الزائد لان العجز انمايكون بسببه) اي بسبب الزائد (فيختص) الضمان (به) اذ غير الزائد مأذون فى قبضه (او) الضمان يكون للجميع الذى ذكرناه فى (الاول اذا أخذ الجميع دفعة) لان الدليل المتقدم بقولنا «لان وضع اليد..» آت فيما لو اخذ الجميع دفعة .

(والثاني) اى عدم ضمان القدر المقدور (اذا أخذ اولا بقدر مقدوره) كالنصف او الثلث اوما اشبه .

(ثم اخذ الزائد ولم يمزجه مع ما اخذه اولا) لانه اذا مزجه كان التصرف غير مأذون فيه ، من حيث الشركة فيكون التصرف موجباً للضمان ، لكن فيه ان عدم الاذن فى التصرف من جهة الشركة لايوجب ضمان المجموع اذ القدر المأذون ، وان كان ممتزجاً سبب الامتزاج عـدم جواز التصرف فيه من حيث الشركة الا انه لايوجب الضمان فهو كما اذا تصرف فـى الملك المشترك بينه وبين غيره . فان تصرفه وان كان ممنوعاً .

أقواها الاخير .

لكنه اذاتلف لايوجب تلفه ضمان الجميع .

وانما ضمان مـال الشريك فقط (اقـواها) عند المصنف (الاخير) اذيرد على ضمان الجميع انالبعض الذىصحت المضاربة بالنسبةاليه لاوجه لضمانه ، كما يرد على ضمان القدر الزائد فقط انه اذا اخذ الجميع دفعة اوتدريجاًلكن مزج المقدور بغير المقدوركان ممنوع التصرف في المجموع و المنع عـن التصرف يوجب الضمان .

لكن قدعرفت مما ذكرنا ان اللازم القول بضمان الزائـد فقط فاذا تلف الجميع كان قدرالضمان واضحاً ـ مثلاكان النصف مقدوراًوالنصف الاخرغير مقدورـ واذا تلف النصف، مثلا في الممتزج كان مقتضى القاعدة ضمانالربع لان ذلك مقتضى قاعدة العدل حيث ان جعل النصف على المالك فقط لاعلى العامل فقط لاوجه له لانه ترجيح بلامرجح ولامجال للقرعـة حيث ان مرتبتها بعد مرتبة قاعدة العدل .

كما يستفادمن رواية الودعى وغيرها فلاوجه الالقاعدة العدل ، وكذا في كل مورد مشابهكما اذاكانقفيزمن الحنطة لنفرين اذن احدهماالزيد فيالتصرف فيه ، ولم يأذن الأخر فتصرّف في الجميع وتلف نصفه بدون تفريط اوتعّد فان مقتضى القاعدة تقسيم النصف الذاهب منهما اذلاترجيح لجعله منالاذن اومن الذىلم ياذن ولامجال للقرعة ايضاً .

وكيف كان ، فقدظهر مما تقدم ان مقتضى القاعدة الاحتمال الثانى وهو ضمان القدرالزائد مطلقاً .

ودعوى انه بعد اخذ الزائد يكون يده على الجميع وهو عاجز عن لمجموع من حيث المجموع ولاترجيح الان لاحد اجزائه اذ لو ترك الأول وأخذ الزيادة لا يكون عاجزاً كما ترى والبطلان منسوب إلى الثاني وبسببه ، والمفروض عدم المزج .

ثم ان المسالك اشكل على التفصيل بقوله (يشكل بانه بعد وضع يده على الجميع عاجز عن المجموع من حيث هو مجموع ولاترجيح الان لاحد اجزائه اذ لو ترك الاول واخذ الزيادة لم يعجز) واشار المصنف الى دفعه بما حاصله ان لاعجز عن المجموع فى صورة تدرج الاخذ فان العجز في الثانى الذى عجز عنه لافى الأول الذى هو مقدوره .

(و) ذلك لان (دعوى انه بعد أخذ الزائد يكون يده على الجميع وهو عاجز عن المجموع من حيث المجموع ولاترجيح الان) بعد ان اخذ الثانى الذي هو عاجز عنه (لاحد اجزائه) حتى يقال الاول غير عاجز عنه والثانى عاجز عنه وانما لاترجيح (اذ لو ترك الاول) المقدور (وأخذ الزيادة) أي الثاني (لايكون عاجزاً) فالان وبعد أخذ المجموع نسبة العجز الى كلا الجزئين على حد سواء ولاترجيح لان يقال الاول عاجز عنه أو الثاني عاجز عنه (كما ترى) غير تامة بل العجز عن الثانى بذاته (اذ الاول وقع صحيحاً) حيث انه كان مقدوراً.

(والبطلان منسوب الى الثاني وبسببه ،و) الاول والثانى في الخارج متمأيزان، لان (المفروض عدم المزج) فلماذا يقال بسريان العجز الى المجموع.

وقد رد المستمسك الماتن بقوله : [هذا يتم لو كان أخذ الاول بعقد يختص

هذا ولكن ذكر بعضهم ان مع العجز المعاملة صحيحة ، فالربح مشترك ، ومع ذلك يكون العامل ضامنا مع جهل المالك ولا وجه له لما ذكرنا ، مع انه اذا كانت المعاملة صحيحة

به والثانى بعقد آخر يختص به ، أما اذا كان الاخذ الثانى بعقد موضوعه مجموع الاول والثانى، فيكون موضوع العقد غير مقدور ،فيكون العقد باطلا فالمأخوذ به أولا كالمأخوذ به ثانياً كلاهما مأخوذ بعقد باطل فيكون كل منهما مضمونا ولافرق بينهما) ، لكن الرد محل نظر اذا العقد ليس بباطل بل يكون جائزاً من قبيل خيار تبعض الصفقة .

وقد عرفت ان قول المصنف باشتراط عدم المزج غير ظاهر الوجه ، بل العقد صحيح ولو مزج الاول والثانى ، فالضمان للقدر الزائد فقط سواء أخذها مرتين أو مرة وسواء مزج فى المرتين اولم يمزج .

(هذا ولكن ذكر بعضهم) كالحدائق (أن مع العجز المعاملة صحيحة فالربح مشترك ، ومع ذلك يكون العامل ضامنا مع جهل المالك)وحيث يثبت الضمان لايبطل العقد اذلامنافاة بين الضمان وصحة العقد .

وقد نسب هذا القول الحدائق اليهم حيث قال : (قالوا ...) و في بعض تعليقات المتن : بل اسند الى الكل قال فى الحدائق : ويدل عليه ما تقدم فى تلك الاخبار ـ وعليه اتفاق الاصحاب ـ من انه مع المخالفة لماشرطه المالك فانه يضمن والربح بينهما.

(ولاوجه له لما ذكرنا)من لزوم التفصيل فى المسألة لا اطلاق صحة المعاملة (مع انه) يرد على كلام الحدائق اشكال آخر وهو انّه (اذا كانت المعاملة صحيحة

لم يكن وجه للضمان ثم اذا تجدد العجز في الاثنـاء وجب عليه رد الزائد والاضمن

لم يكن وجه للضمان) لان العامل أمين والامين لايضمن وقد رد المستمسك دليل الحدائق بقوله : ان دليله ضعيف لخروج المورد عن عموم النصوص الدالة على ان العامل اذا خالف ما شرط عليه فهو ضامن والربح بينهما الاتية في المسألة الخامسة ـ انتهى.

لكن ربما يقال : ان الحدائق لم يرد الاستدلال وانما الاستيناس للمقام بتلك الاخبار فانها دلت على امكان الجمع بين اشتراك الربح بمقتضى العقد والضمان بمقتضى ان الاعطاء مبني على ألقدرة والضمان مرفوع في هذه الحالة فاذا لم تكن قدرة لم تكن أمانة مالكية وحيث لاقدرة فلا أمانة مالكية ترفع الضمان

أقول بالنسبة الى غير المقدور ضمان وبالنسبة الى المقدور الربح مشترك ولاضمان اذ العقد صحيح والعقدرة موجودة فأمانة مالكية توجب رفع الضمان (ثم اذا تجدد العجز في الاثناء وجب عليه رد الزائد) لانـه لايقدر على العمل فيه فلايحق له ابقائه عنده لان الامانة كانت باعتبار عقد المضاربة ، فـاذا عجز بطل العقد بالنسبة اليه :

وبقي العقد بالنسبة الى القدر الذي يمكنه العمل فيه حيث قد عرفت عدم بطلان العقد الا بالنسبة الى القدر الذى عجز عن العمل فيه (والا ضمن) لان يده عليه ليست يد أمانة فيشملها دليل على اليد[١].

---

(١) المستدرك : ج/٢ ص ٥٠٤ الباب ١ من أبواب الوديعة ح/١٢ .

ومما تقدم يعرف حكم كل صور المسألة فان العجز اما عن البعض أوعن الكل وعلى كل حال أما ابتداءاً فقط أوفي الاثناء فقط أوفي الاخير أو مختلفاً كان عجز عن بعض أو لاوعن بعض وسطاً .

مثلا كانت المضاربة على دراهم ودنانير، فلم يتمكن من التصرف في الدراهم لانه يخاف اتهامه بأنه سرقها أوعجز عن الكل أولا وعن البعض اخيراً الى غير ذلك من صور المسألة فان الميزان في الكل ان عقد المضاربة كأنها عقود بالنسبة الى المال وبالنسبة الى الازمنة فكلما حصل عجز عن بعض مالا او زماناً بقي العقد بالنسبة الى المقدور .

نعم، يأتي بالنسبة الى المالك شبه خيار تبعض الصفقة وذلك لان بناء العقلاء على انحلال العقد الى عقود وقد قرره الشارع حيث انه لم يمنع عنه ودليل الخيار ماذكروه في تبعض الصفقة.

مسألة ـ ١ ـ لو كان له مال موجود في يد غيره أمانة اوغيرها فضاربه عليها صح وان كان في يده غصباً أو غيره مما يكون اليد فيه يد ضمان فالاقوى انه يرتفع الضمان بذلك

(مسألة ـ ١ ـ) لو كان له مال موجود في يد غيره امانة اوغيرها فضاربه عليها صح) ولافرق بين ان يكون المال في يده امانة مالكية بعارية أو وديعة او اجارة او غيرها لاطلاق الادلة بل يظهر عن التذكرة فيما لو كان المال وديعة اوعارية اجماع المسلمين عليه .

وقال في المستمسك بعدم الفرق عرفاً بين كون المال المضارب عليه في يد المالك وفي يد غيره اميناً كان اومستعيراً او غيرهما ـ انتهى .

ومنه يعلم انه لافرق بين كون المال في يد ام لا ؟ كما اذا كان في مكان لايد عليه بل او كان لايقدر المالك عليه واليد لافرق فيها بين يد المالك او العامل او غيرهما .

(وان كان في يده غصباً أوغيره ممايكون اليد فيه يد ضمان) لانها ليست امانة مالكية ولاشرعية (فالاقوى انه يرتفع الضمان بذلك) فانه لااشكال في صحة جعله مضاربة بل في الحدائق الظاهر ان الحكم اتفاقي عند الاصحاب ـ انتهى .

ووجهه اطلاق الادلة حيث لامخصص لما اذا كان المال غصباً خلافاً للشرائع فانه قال: ولو كان له في يد غاصب مال فقارضه عليه صح ولم يبطل الضمان ـ انتهى .

وعلله في الجواهر بالاصل السالم عن معارضة وقوع عقد القراض الذي لايلزمه عدم الضمان بل يجامعه في كثير من المقامات، لظهور قوله عليه السلام، حتى يؤدى

لانقلاب اليد فينقلب الحكم ودعوى أن الضمان مغياً بالتأدية ولم تحصل كما ترى

في بقاء الضمان الى حال التأدية التي ليس وقوع عقد القراض منها، وانما قوينا عدم الضمان (لانقلاب اليد) الضمانية الى الامانية (فينقلب الحكم) فكما انه اذا قال للغاصب المال امانة عندك من الان اوقال اجرتك الدار المغصوبة ـ مثلا ـ انقطع الضمان فكذا في المقام .

والأستصحاب الذي استدل به لقول الشرائع، لامجال له بعد تبدل الموضوع فحال الاستصحاب حال عكس المسألة ،كما اذا كانت امانة في يده فلما طلبها المالك لم يدفعها اليه فانها تكون غصباً ويكون عليه تلفها ولذا اختار الجواهر بنفسه عدم الضمان بعد جعله مضاربة في يد الغاصب .

ومنه يعلم ان ماعن العلامة في التذكرة، وذكره المسالك من ان مجرد العقد لايقتضي ذلك، وانما يحصل الاذن بأمر آخر ولو حصل زال الضمان محل اشكال اذ انشاء المضاربة ظاهر في الأذن كما ظهر الاشكال في قول المستمسك حيث قال: ان الانقلاب لايجدي في نفي الضمان الا ان يثبت امر ان الاذن في القبض وان المأذون لايضمن اذ قد عرفت الظهور العرفي في الاذن والمأذون يكون امانة مالكية والامين غير ضامن نصاً واجماعاً.

(و) اما الاستدلال بالرواية المتقدمة المذكورة في المستدرك في كتابي الوديعة والغصب، وفي غيره بـ (دعوى ان الضمان مغياً بالتأدية ولم تحصل) وحيث أن حتى انتهاء الغاية فيبقى الضمان الى الاداء، وهو غير حاصل فرضاً (كماترى) اذ

ولكن ذكر جماعة بقاء الضمان الا اذا اشترى به شيئاً ودفعه الى البائع فانه يرتفع الضمان به لانه قد قضى دينه باذنه وذكروا نحو ذلك في الرهن ايضا، وان العين اذا كانت في يد الغاصب

المفهوم من الاداء عرفاً امضاء المالك لا الاداء الخارجي، ولذا اذا قال له اده الى زيد كان اداءاً، واذا قال له هو لك كان اداءاً، واذا قال وديعة او عارية او في اجارتك او رهنك وما اشبه كان اداءاً.

فالمراد بالاداء الخروج عن الغصب الى سلطان المغصوب منه أو وليه كما اذا اخذه وكيله او الحاكم الشرعي الذي هو ولي مثل المغضوب منه او الولي للطفل مثلا .

(ولكن) مع ذلك (ذكر جماعة) كما عرفت عن الشرائع وغيره بل في الحدائق انه المشهور وان لم نحقق ذلك (بقاء الضمان) بعد جعله مال المضاربة (الا اذا اشترى به شيئاً) وان لم يدفعه الى البائع فقوله: (ودفعه الى البائع) لابدوان يراد به ما اذا لم يأذن البائع في بقائه عنده لكنه غصب عن البائع حينئذ لا عن المالك (فانه يرتفع الضمان به) وجعله المسالك اجماعياً لكن في الجواهر واما القول بعدم زوال الضمان معها ايضاً ففيه مضافاً الى ما سمعته انه اداء اليه ضرورة دخوله بذلك تحت سلطانه الذي هو معنى اليد (لانه قد قضي دينه باذنه) فلا مجال للاستصحاب ولا لقاعدة اليد .

(وذكروا) اي جماعة منهم (نحو ذلك) وعدم سقوط ضمان الغاصب اذا جعله المالك رهناً عنده (في الرهن ايضاً، و) قالوا (ان العين اذا كانت في يد الغاصب

فجعلها رهنا به عنده انها تبقى على الضمان والأقوى ماذكرناه في المقامين لما ذكرنا .

فجعلها رهناً بهعنده انهاتبقىعلى الضمان)الاان الجواهر وغيره قالوا بأن جعلها رهناً يخرج الغاصب عن الضمان .

(و) قول الجواهر هو (الأقوى) فان (ماذكرناه في المقامين) وكذلك سائر المقامات المشابهة كما اذاجعلها عارية، اووديعة، اواجارة اومزارعة، اومساقاتاً عنده هو مقتضى القاعدة (لما ذكرنا) من انّه دخل بذلك تحت سلطان المالك فلايكون غصباً فلامجال للاستصحاب ولالقاعدة اليد ويكون الحال كذلك اذا مات وورثه من رضى ببقائه في يده .

وكذا اذاجعله الغاصب تقاصاً فيمايصحّ فيه التقاصّ، نعم اذا جعله المالك مضاربة لكنّه لميأذن ببقائه في يده لم يخرج عن كونه غصباً .

اذقد عرفت ان مجرد المضاربة لاتكفى فيالأذن، ومثل ماتقدم فيالخروج عنالضمان لوغصب صغيرة بملابسها فزوجها اياّه الولي فانه يخرج عن كونه غاصباً ولايكونبعد ذلكضامناً ثمان فيمفروض المتنلوتبيّن بطلان المضاربة، فان كان رضى المالك على نحو التقييد بالمضاربة لميخرج عن كونه غاصباً .

امّا اذاكان راضياً والمضاربة كانت علىنحو الداعيخرج عنالضمانايضاً وللمسألة فروع تظهر مما ذكرناه والله سبحانه العالم .

مسألة ـ ٢ ـ المضاربة جائزة من الطرفين يجوز لكل منهما فسخها

(مسألة ـ ٢ ـ المضاربة جائزة) كتاباً لانه نوع من التجارة عن تراض وعقد فيشملها دليلهما سنته للروايات المتواترة المذكورة في كتب الحديث والفقه واجماعاً، بلاخلاف نقل عن احد وعقلا حيث لامانع منها وتوهم بعض المتجددين انه نوع من الاستثمار لان انساناً يعمل ويأخذ بعض ربحه انسان آخر غير تام لان المال عمل مجسم ايضاً فمن كلا الطرفين عمل والربح بينهما على نحو لااجحاف فيه .

وقد ذكرنا تفصيل الكلام في ذلك في كتاب [الفقه ـ الاقتصاد] فلاداعي الى تكراره في المقام.

ثم ان المشهور انها جائزة (من الطرفين يجوز لكل منهما فسخها) بان يسترجع المالك ماله ويكف العامل عن العمل وحيث ان ذلك قد يوجب تضرر احدهما كان لهما ان يجعلا المضاربة شرطاً في عقد لازم ، والشرط في العقد اللازم يوجب الوضع ، ثم اذا فسخ احدهما كان اللازم ان يكون له بقدر حقه المقرر الى ذلك الحين لان كلا ملك فلا وجه لاحتمال الفسخ عن اصله و يكون للعامل اجرة المثل اواقل الامرين الى ذلك الحين .

وكيف كان ، فقد ادعى المسالك عدم الخلاف في ان المضاربة جائزة وفي الجواهر الاجماع بقسميه عليه قال: وهو الحجة في الخروج عن قاعدة اللزوم وقال في مفتاح الكرامة عند قول القواعد (القراض عقد جائز من الطرفين) اجماعاً كما في مجمع البرهان وبلا خلاف كما فيه ايضاً وفي الكفاية والرياض وفي

سواء كان قبل الشروع في العمل أو بعده قبل حصول الربح ، أو بعده نض المال أو كان به عروض مطلقا كانت أو مع اشتراط الاجل وان كان قبل انقضائه نعم لو اشترط فيها عدم الفسخ الى زمان كذا يمكن أن يقال بعدم جواز فسخها قبله

الغنية* الأجماع على جوازه وانّ لكلّ منهما فسخه متى شاء وبذلك صرّح في السرائر والتذكرة والمبسوط والشرائع والنافع والتحرير والأرشاد وشروحه والروضة والوسيلة وغيرها .

أقول: لولا هذه الأجماعات ونحوها لكان القول بذلك مشكلا على خلاف الأدلّة الأولية ولم يظهر لهم تعليل أو رواية توجب احتمال الاستناد حتّى يسقط الأجماع عن الحجّية .

نعم نقل مفتاح الكرامة عن جامع الشرائع قوله انها عقد لازم من الطرفين ثمّ احتمل كونه غلطاً من قلم الناسخ ، ولذا لم اجد من المعاصرين احداً قال بلزومها فلا بدّ من القول بجوازها (سواء كان قبل الشروع في العمل او بعده قبل حصول الربح، اوبعده نض المال) بان صار نقداً(اوكان به عروض ، مطلقاً كانت) المضاربة (اومع اشتراط الاجل، وان كان) الفسخ في صورة شرط الاجل (قبل انقضائه) لان الشرط في العقد الجائز لايكون لازماً والعمدة اطلاق الاجماع.

وقد صرح بذلك غير واحد من الفقهاء (نعم لو اشترط فيها عدم الفسخ الى زمان كذا يمكن ان يقال بعدم جواز فسخها قبله) والمراد بعدم الجواز عدم النفوذ لا الحكم التكليفي لأنّه المستفاد من دليل الشرط ، وانما لايجوز الفسخ

بل هو الاقوى، لوجوب الوفاء بالشرط

لقاعدة كون المؤمنين عند شروطهم[(١)] (بل هو الاقوى، لوجوب الوفاء بالشرط) غير المخالف للكتاب والسنة ولمقتضي العقد .

اقول: الفرق بين الشرط في ضمن العقد اللازم، وفي ضمن العقد الجائز انه لو لم يف بالشرط في الاول كان للشارط اجبار المشروط عليه وكان ترك المشروط عليه للشرط فعلا حراماً لانه تارك للواجب اما في الثاني فمقتضى القاعدة انه ليس للشارط الاجبار فهو مثل ما اذا لم يف بالعقد الجائز حيث لا يحق لطرفه اجباره كما لم يفعل تارك الشرط حراماً ، وذلك للتلازم بين عدم وجوب الاصل وعدم وجوب الفرع فالركوع في الصلاة المستحبة ليس واجباً لانه اذا لم يركع بطلت الصلاة لانه فعل حراماً اويلزم عمل الركوع.

وكذلك ليس الاكل في الصوم المستحب حراماً فانه اذا اكل بطل صومه فلا يلزم على الصائم ترك الاكل ولا يكون اكله حراماً وكأنه الى هذا اشار المسالك حيث قال والقراض من العقود الجائزة لا يلزم الوفاء به فلا يلزم الوفاء بما شرط في عقده لان الشرط كالجزء من العقد فلا يزيد عليه .

وقال في الجواهر يحتمل عدم وجوب الوفاء بالشرط وان لم يفسخ العقد للاصل السالم عن معارضة آية «اوفوا بالعقود»[(٢)] ثم ذكر ان ذلك مراد الشيخ و الفاضل في كلامهما وهو لا يخلو من قوة ـ انتهى .

---

(١) الوسائل : ج/١٥ ص ٣٠ الباب ١٩ و ٢٠ من أبواب المهور ح/٤ . الاستبصار : ج/٣ ص ٢٣٣ الحديث ٤ .

(٢) سورة المائدة الآية/١ .

وكأنه اشار بذلك الى قول الشيـخ وفي مسألة ان يدفع اليـه الفا قراضاً ليدفع اليه الفا بضاعة: ولو قلنا ان القراض والشرط جائز لايلزم الوفاء به لان البضاعة لايلزم القيام بها كان قوياً .

وكذا قول العلامة بأنه لايلزم الوفاء به لان العقد جائز من الطرفين وقال في الرياض ان الاجل المشترط فيها حيث كان غير لازم بل جائز يجوز لكل منهما الرجوع لجواز اصله بـلا خلاف كما مضى فيكون الشرط المثبت فيه جائزاً بطريق اولى الى غير ذلك من عبارتهم الظاهرة في ان الشرط غير لازم الوفاء بـه .

نعم، ربما يستدل بلزوم الوفاء بالشرط اذا لم يفسخ بدليلين .

الاول: قوله المؤمنون عند شروطهم.(١) الثاني : بعض الروايات الظاهرة في ذلك مثل مارواه احمد بن محمد بن عيسى في نوادره عن ابيه قال: قال ابو عبد الله عليه السلام: كان للعبّاس مال مضاربة فكان يشترط ان لايركبـوا بحراً ولا ينزلوا وادياً فان فعلتم فانتم ضامنون فأبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فأجاز شرطه عليهم»(٢) لكن كلاهما غير تامّ اذ الأول مثله مثـل لاصلاة الا بفاتحة الكتاب لايشمل الا الواجب ولو بالأنصراف .

ووجه الانصراف ما ذكرناه من التلازم العرفي بين جواز العقد وجواز

(١) الاستبصار : ج/٣ ص ٢٣٢ ح/٤ .
(٢) الوسائل : ج/١٣ ص ١٨٢ الباب ١ من أبواب أحكام المضاربة ح/٧ .

الشرطفكما اناوفوا بالعقودلايشمل العقد الجائز كذلك المؤمنون عندشروطهم لايشمل الشرط فى ضمن العقد الجائز .

وبهذا ظهر انمايستفاد من كلام الجواهر من ان الوفاء بالعقد الجائز واجب حال عدم فسخ العقد فيندرج فى اوفوا بالعقود غير ظاهر الوجه اذ أى معنى لوجوب الوفاء والحال انه يبطله قولا وعملا فيأخذ الوديعة ويفعل كل ما وكل فيه ويتناول العارية ويأخذ عين مال القراض وعين الموهوب الى غير ذلك و الثانى لادلالة فيه على الوجوب.

وربما يؤيد عدم وجوب الوفاء بالشرط الروايات المتواترة الدالة على عدم العمل بالشرط المذكور فى المضاربة حيث لم يقل الامام عليه السلام فى تلك الروايات انه فعل حراماً او ان للمشارط الزامه فراجع الوسائل كتاب المضاربة بابها الاول .

وبماذكرنا يظهر ان ايرادات المستمسك على ماذكروا من الأدلة لجواز الشرط لايخلو بعضها عن اشكال قال والتي يمكن ان يكون وجهاً لهذه القاعدة «قاعدة اقتضاء جواز العقد جواز الشرط» امور .

الاول: الاولوية المشار اليها فى عبارتى الرياض والجواهر وفيها انها لا تخلو من خفاءٍ فلا تصلح للاثبات .

الثاني: ان دليل الجواز يدل على جواز العقد بتوابعه والشرط من توابعه وقد يظهر ذلك من عبارة المسالك، وفيه: انه غير ظاهر فان دليل الجواز هو الاجماع

والمتيقن منه يختص بالعقد ولايشمل توابعه .

الثالث : انه لو لزم الالتزام بالشرط مع عدم الالتزام بالعقدلزم الالتزام به ولو مع فسخ العقد ولاقائل به، وفيه : ان دليل لزوم الشرط يختص بما كان في العقد فاذا فسخ العقد ارتفع الشرط الذى هو موضوع اللزوم .

الرابع: ان جواز الشرط مقتضى الاصل كما اشار اليه الجواهر،وفيه: ان وجوب الوفاء بالعقد أو الشرط لايراد منه الوجوب التكليفى بل الارشاد الى نفوذ العقود والشروط فالشك فى الحقيقة فى اللزوم والجواز يرجع الى الشك فى جواز الفسخ وعدمه والاصل عدم ترتب الاثر على الفسخ ـ انتهى.

اذ يرد على الاول: ان الاولوية عرفية.

وعلى الثانى:ان الدلالة بالتلازم فاذا دل الاجماع على الاول دل على الثانى ولامجال للاخذ بالقدر المتيقن.

و على الثالث : انه لم اجد من ذكر هذا الدليل ، بل لا يمكن منهم ان يقولوه .

وعلى الرابع: اولا ان الوجوب تكليفى ووضعى وثانياً اذا لم يعلم اللزوم الوضعى كان الاصل عدمه و هو مقدم على اصل عدم ترتب الاثر على الفسخ وسيأتى من المصنف اشتهار ان الشروط فى العقود الجائزة غير لازمة الوفاء وقد سكت عليه غير واحد من المعلقين يبلغون اكثر من عشرة خلافاً لما عرفت من السيد الحكيم فقد انكر صحة نسبة ذلك الى الشهرة .

ولكن عن المشهور بطلان الشرط المذكور

(ولكن عن المشهور بطلان الشرط المذكور،) قد يشترط ان لا يملك الفسخ وقد يشترط ان لا يفسخ وقد يشترط ان بعد السنة يبيع ولا يشترى اوبالعكس اولا يبيع ولا يشترى،قيل مقتضى القاعدة ان الشرط الاول- باطل لانه خلاف مقتضى العقد الذى يقتضى ملكه الفسخ .

وفيه:انه كيف يصح فى العقد اللازم -مثل البيع- ان يشترط ذلك الفسخ اى الخيار؟ فالاصح ان يقال ان مثل هذا الشرط غير لازم الوفاء لا لانه خلاف مقتضى العقد اذ الجواز واللزوم خارج عن مقتضى العقد سواء كان لازماً كالبيع اوجائزاً كالمضاربة،ولو قيل بأن شرط اللزوم خلاف مقتضى العقد نوقض بشرط الخيار فى البيع بل لانه لا ملزم لهذا الشرط فى ضمن عقد المضاربة، لما تقدم من التلازم بين جواز العقد وبين عدم لزوم الشرط فى ضمنه،فشرط ان لا يملك الفسخ الذي معناه اللزوم لا ملزم له في ضمن عقد جائز.

نعم ، لو شرط ذلك فى ضمن عقد لازم كما اذا اجرى المضاربة ثم اجرى بيعاً شرط فـى ضمنه ان لا يملك فسخ المضاربة ، كان مقتضى القاعدة لزوم المضاربة .

وبما تقدم فى شرط ان لا يملك الفسخ ظهر حال القسمين الآخرين من الشرط كان يشترط ان لا يفسخ، وان يشترط ان بعد السنة يبيع ولا يشترى، والى آخره فالشرط بان لا يفسخ غير لازم، والشرط ان لا يبيع، وان كان غير ملزم الا ان العامل حيث لم يأذن له المالك فى التصرف بيعاً أو شراءاً لم يحق له ذلك اذ لا اذن ولا عقد ملزم للمالك حتى يخرج زمام الامر من يده فيكون للعامل حق البيع والشراء وان لم يرض المالك .

بل العقد ايضا لانه مناف لمقتضى العقد ، وفيه منع ، بل هو مناف لاطلاقه

قال في القواعد و لو شرط على العامل توقيت المضاربة لم يلزم الشرط والعقد صحيح.

و قال في مفتاح الكرامة : توقيت المضاربة يقع مع الاطلاق والتقييد ، فالاطلاق ان يقول : قارضتك على هذاالمال سنة ، والتقييد ان يقول: قارضتك سنة، فاذا انقضت فلاتبع ولا تشتر، أوفبع ولاتشتر او بالعكس، ومعنى عدم لزوم الشرط عدم صحته، بمعنى عدم ترتب الاثر عليه، وهو لزومها الى الاجل فيكون لكل منهما الفسخ متى شاء، و كذلك في الارشاد ، ومثله ما في جامع المقاصد والروض ومجمع البرهان، ثم ذكر قريباً من ذلك من النافع واللمعة والرياض - انتهى .

(بل العقد ايضاً) هذا ليس بمشهور، وانما ذكره بعضهم ، اما كون الشرط باطلا (لانه مناف لمقتضى العقد) لان مقتضى العقد جواز الفسخ فاشتراط عدم جواز الفسخ مناف له.

واما كون العقد باطلا فلان العقد مقيد بالشرط وحيث بطل القيد بطل المقيد لان المقصود غير واقع والواقع غير مقصود، وكان جامع المقاصد أشار الى ذلك بقوله: القراض المعتبر في العقد لم يقع الا على وجه فاسد، اما ماجعله المستمسك اولى في التعليل بأن القصد الى المتنافيين متعذر فيكون العقد غير مقصود فلا يصح، فلم يظهر وجهه، اذ التنافي بين اللزوم والجواز ، وهما لا يسريان الى العقد ليفسداه، ولذا قالوا بان الشرط الفاسد ليس مفسداً.

(و فيه منع ، بل هو مناف لاطلاقه) اذ اطلاق العقد يقتضي الجواز ،

ودعوى أن الشرط فى العقود غير اللازمة غير لازم الوفاء ممنوعة ، نعم يجوز فسخ العقد فيسقط الشرط

كما ان اطلاق البيع ، يقتضي اللزوم ، فلا مانع من الشرط الذى هو خلاف الاطلاق.

أقول : مقتضى ما تقدم صحة العقد ، وبطلان الشرط باى قسم من الاقسام الثلاثة في الشرط، ولقد أجاد السيد الجمال في تعليقه حيث قال:الظاهر ان ما افتى به المشهور ببطلانه ، هوما اذا اشترط ان لايملك الفسخ الى زمان كذا ، دون ما اذا شرط ان لايفسخ .

نعم مقتضى ماصرحوا به من عدم لزوم الشرط في ضمن العقود الجائزة هو تساوي وجود هذا الشرط لعدمه، وهو كذلك.

(و) كيف كان، فقد عرفت مما تقدم صحة (دعوى ان الشرط في العقود غير اللازمة غير لازم الوفاء) للتلازم العرفي بين الامرين ، الى غير ذلك من الادلة السابقة ، ومنع المستمسك من شهرة هذه الدعوى ، غير ظاهر الوجه ، ولذا قال الحدائق فى محكى كتاب الدين : المشهور ان القراض من العقود الجائزة التي يجوز الرجوع فيها من الطرفين، بل ادعى عليه الاجماع .

وعلى هذا ، فلو شرط التأجيل فيه لم يلزم ، وبذلك صرحوا ايضاً، و كذا كل شرط سائغ . فدعوى ان الشرط لازم مع ان العقد جائز :

(ممنوعة ،) لما عرفت (نعم) على مذاق من يرى لزوم الشرط وان جاز العقد (يجوز) للمشروط عليه (فسخ العقد فيسقط الشرط) اللازم ، لان الشرط كان لازم الوفاء عند وجود العقد ، فاذا سقط العقد سقط الشرط .

والافما دام العقد باقيا يجب الوفاءِ بالشرط فيه وهذا انما يتم في غير الشرط الذى مفاده عدم الفسخ مثل المقام، فانه يوجب لزوم ذلك العقد

(والافمادامالعقدباقياًيجبالوفاء بالشرطفيه)لقاعدة «المؤمنون عندشروطهم»[1] وغيرها مما يلزم الوفاءبالشرط ، سواء فيالعقد اللازم اوالجائز ـ عندهم ـ .

(وهذا) الذى ذكرناه من انه يجوز فسخ العقد فيسقط الشرط ، (انما يتم في غير الشرط الذىمفاده عدم الفسخ مثل المقام ،) الذى اشترط فيه عدمالفسخ الى زمان كذا ـ كما ذكرناه في اول المسألة ـ (فانه يوجب لزوم ذلك العقد) فلا يصح للمشروط عليه الفسخ حتى يفسخ فيسقط الشرط .

نعم ان اجازله الشارط ان يفسخ حق له الفسخ . لانه حق ، وليس بحكم كماذكروا فيباب الاقالة في العقود اللازمةو«غير الشرط»ـفي كلام المصنفـ يراد به مثل شرط ان يبيع كذا ، أولايبيع ، وهكذا مما لايجعل عقدالمضاربة لازماً .

ثم انه ربما يستشكل على لزومعقدالمضاربة بشرط عدم الفسخ بانهمستلزم للحدور ، اذلزوم العقد متوقف على لزوم الشرط ، ولزوم الشرط متوقف على لزوم العقد .

اما الاول : فلانه لولاالشرط اللازم لم يكن وجه للزوم العقد ، فان ذات العقدليست بلازمة ، وانما يسبب لزومه الشرط ، والشرط اذالم يكن لازماً لم

(١) الوسائل : ج/١٥ ص ٣٠ الباب ١٩ من أبواب المهور ح/٤ .

. . . .

يكن ملزماً ، فان فاقد الشيء لايعطيه، فان مالا يكون في نفسه لازماً كيف يكون ملزماً لغيره .

واما الثاني: فلانه اولا العقد اللازم لم يجب الوفاء بالشرط ، لما تقدم من ان لزوم الشرط فرع لزوم العقد ـ على ما يظهر من المشهور ـ وحيث ان الدور باطل ، فلا يمكن ان يلزم العقد بالشرط ، وفيه : ان الدور معي ، فاذا شرط في العقد ان يفسخ لزم كلاهما ، لكنك قدعرفت عدم لزوم العقد بالشرط بدليل آخر ، فلا يتوقف عدم لزومه على دليل الدور .

وبهذا ظهر وجه الاشكال في كلام المستمسك ، حيث قال : اذا كان وجود العقد شرطاً في لزوم العمل بالشرط امتنع ان يكون لزوم العمل بالشرط مقتضياً لوجود العقد ومانعاً من فسخه .

وعليه فمارتب المستمسك على هذا الكلام بقوله : ومن ذلك يظهر بطلان شرط التأجيل في جميع العقود الجائزة كالشركة والمضاربة والوكالة وغيرها لان شرط التأجيل راجع الى شرط عدم الفسخ الى الاجل ، وقدعرفت بطلانه ـ انتهى غير ظاهر .

أقول : قد تقدم في كلام العلامة ذكر التوقيت في المضاربة ، وقد فسره مفتاح الكرامة بأن له صورتين ، ان يقول : قارضتك على هذا المال سنة، وان يقول : قارضتك سنة فان انقضت فلاتبع ولاتشتر مثلا ، وحيث ان الشرط غير لازم (على ما عرفت) حق لكل منهما الفسخ قبل السنة في الصورتين .

نعم ان لم يفسخا في الثانية ، لم يكن للعامل التعدي عن شرط المالك لانه

هذا ولو شرط عدم فسخها في ضمن عقد لازم آخر فلااشكال في صحةالشرط ولزومه وهذا يؤيد ما ذكرنا من عدم

ليس بمأذون في التصرف الذي نهاه عنه المالك ، ولـذا نفذ رسول الله صلى الله عليه و آله وسلم شرط العباس[1].(١)

(هذا ولو شرط عدم فسخها في ضمن عقد لازم آخر) كالبيع ونحوه(فلا اشكال في صحة الشرط) لشمول المؤمنون عند شروطهم[2] له ،وذلك ليس بمناف للكتاب والسنة ، ولالمقتضى العقد.

(ولزومه) لانه شرط في عقد لازم ، والشرط في العقد اللازم لازم ، ومعنى اللزوم التكليف والوضع ،ولذا قال غير واحد انه اذا شرطت عليه توكيله الى خمسين سنة في طلاق نفسها اذا لم يوصل اليها النفقة او ماشبه ، لزم الشرط ،ولاحق له في ابطال الوكالة التي اعطاها اياها ، ومحل تفصيل الكلام في ذلك في بحث الشرط ، على ما ذكره الشيخ في المكاسب وغيره في غيره .

وبذلك يظهر ان قول من قال : بان هذا الشرط باطل ايضاً كالسيد البروجردي او نفي الاشكال غير ظاهر كالسيد الحكيم ، غير ظاهر الوجه ، و الظاهر انـه لافرق بين شرط ان لايفسخ ، او لايملك الفسخ ، اذ كما كان شرط ان لايفسخ يوجب الوضع ، كان شرط ان لايملك الفسخ عبارة اخرى عن ذلك .

(وهذا) اى صحة الاشتراط في ضمن عقد آخر (يؤيد ما ذكرنا من عدم

---

(١) الوسائل : ج/١٣ ص ١٨٣ الباب ١ من أبواب المضاربة ح/٧ .
(٢) الوسائل : ج/١٥ ص ٣٠ الباب ١٩ من أبواب المهور ح/٤ .

كون الشرط المذكور منافياً لمقتضى العقد اذ لو كان منافيا لزم عدم صحته فى ضمن عقد آخر أيضا . ولوشرط فى عقد مضاربة عدم فسخ مضاربة اخرى سابقة صح ووجب الوفاء به الا أن يفسخ هذه المضاربة فيسقط الوجوب

كون الشرط المذكور منافياً لمقتضى العقد) بل مناف لاطلاقه (اذ لو كان منافياً لزم عدم صحته فى ضمن عقد آخر ايضاً) كما ذكره الجواهر. وايده غيرواحد من المعلقين ، اذ كان المنافي للعقد ، لايمكن شرطه ، لافى ضمن نفس العقد، كان يشترط فى عقد النكاح ان لاتكون المرأة محرمة له ،ولافى ضمن عقد آخر كان يشترط فى عقد البيع ان لاتكون زوجته محرمة له ، فاذا صح الشرط فى ضمن عقد آخر دل على عدم منافاته ، لمقتضى العقد ، فيصح اشتراطه حتى فى نفس العقد اذا لم يكن محذور آخر ،وبذلك ظهران الشرط المنافي لمقتضى العقد ، او للكتاب والسنة باطل ، سواء كان فى ضمن العقد ، او فى عقد آخر وسواء كان كلا العقدين او احدهما لازماً اوجائزاً، فاذا شرط فى ضمن النكاح او المضاربة ان يشرب الخمر بطل الشرط لانه مناف للكتاب واذا شرط ان لاتكون الزوجة محرمة له بطل،سواء كان الشرط فى ضمن النكاح او المضاربة، وقد ذكروا ان الشرط الفاسد لايكون مفسداً .

(ولو شرط فى عقد مضاربة عدم فسخ مضاربةاخرى سابقة) لم يلزم الشرط لما تقدم من ان الشرط فى ضمن العقد الجائز لايوجب اللزوم فقول :المصنف (صح ووجب الوفاء به) محل نظر ، ولذا اشكل عليه بعض المعلقين .

(الا ان يفسخ هذه المضاربة) التى فى ضمنها الشرط (فيسقط الوجوب)

كما انه لواشترط في مضاربة، مضاربة اخرى في مال آخر، أو أخذ بضاعة منه أوقرض أوخدمة اونحوذلك وجب الوفاء به

عن المضاربة الاولى (كما انهلواشترط فيمضاربة مضاربة اخرى في مال آخر او اخذ بضاعة منه ، او قرض او خدمة او نحو ذلك وجب الوفاء به) عند المصنف ، نعم الشرط صحيح لكن لايجب الوفاء به عندنا على ما تقدم وعدم وجوب الوفاء به ،هو اختيار جمع من الفقهاء.

قال في مفتاح الكرامة : قال في جامع الشرائع : لواعطاه الفا قراضاًعلى ان يأخذ منه الفا بضاعة جاز ، ولميلزم الوفاء به وهو تحرير المبسوط .

اقول : قال في القواعد : ولو شرط على العامل المضاربة في مال آخر ، او يأخذ منه بضاعة او قرضاً اويخدمه في شيء بعينه ،فالوجه صحة الشرطوهل مراده ما ذكراه من الصحة بدون لزوم الوفاء ،كما حكي عنتحريره التصريح بعدم لزوم الوفاء به ، او مراده لزوم الوفاء،كما يظهر من جامع المقاصدحيث قال جامع المقاصد في شرح عبارة القواعد : وجه الصحة عموم قوله تعالى : « أوفوا بالعقود»[١] وقوله عليه السلام: المسلمون عند شروطهم[٢] وليس الشرط محرماً ولامنافيا لمقتضى العقد ؟ احتمالان ، لكنك قد عرفت ان مقتضى القاعدة عدم اللزوم .

---

(١) سورة المائدة الآية/١ .

(٢) الوسائل : ج/١٥ ص ٤٩ الباب ٤ من أبواب المهور ح/٢ . الكافي : ج/٥ ص ٤٠٤ .

ما دامت المضـاربة باقية. وان فسخها سقط الوجـوب ولابد ان يحمل ما اشتهر من ان الشروط فى ضمن العقود الجائزة غير لازمة الوفاء على هذا المعنى. والا فلاوجه لعدم لزومها مع بقاء العقد على حاله، كما اختاره صاحب الجواهر بدعوى انها تابعـة للعقد لزوماً وجوازاً، بل مع جوازه هى اولى بالجواز وانها معه شبه الوعد و المراد من قوله تعالى: «اوفوا بالعقود» اللازمة منها.

نعم من يقول بوجوب الوفاء كالمصنف يشترط ذلك بـ (ما دامت المضاربة باقية، وان فسخها سقط الوجوب) لان اللزوم جاء من قبل العقد، فاذا سقط العقد سقط الوجوب.

(و) كيف كان، فماذكره المصنف من انه (لابد ان يحمل ما اشتهر من ان الشروط فى ضمن العقود الجائزة غير لازمة الوفاء على هذا المعنى. والافلاوجه لعدم لزومها مع بقاء العقد على حاله) قد عرفت سابقاً مافيه، وان مقتضى القاعدة هو المشهور (كما اختاره صاحب الجواهر) وغيره (بدعوى انها تابعة للعقد لزوماً وجوازاً، بل مع جوازه) اى العقد (هى اولى بالجواز) الاولوية، لان تابع الشىء اضعف من الشىء.

(وانها) اى الشروط (معه) اى مع العقد الجائز (شبه الوعد) اذلاملزم له.
(و) عليه فـ (المراد من قوله تعالى: «اوفوا بالعقود»[1] العقود (اللازمة منها

---

(١) سورة المائدة الآية/١.

لظهور الامر فيهافي الوجوب المطلق . والمراد من قوله(ع) : «المؤمنون عند شروطهم» بيان صحة اصل الشرط ، لا اللزوم والجواز

لظهور الامر فيها في الوجوب المطلق) فحيث لالزوم لعقد كان خارجاً عن اطلاق الاية بالدليل الخارجي ، كالاجماع في باب المضاربة على ماتقدم(والمراد من قوله عليه السلام : المؤمنون عند شروطهم)[1] .

أما(بيان صحة أصل الشرط، لااللزوم والجواز) وانمايفهم اللزوم والجواز من الضميمة ، أو انه ظاهر في الوجوب واللزوم وخرج منه الشرط في ضمن العقد الجائز ، وكذلك الشرط الابتدائي ان قلنابان الشرط يطلق على الابتدائي ايضاً ، وعليه فلابد اما التصرف في كلمة (عند) ، او كلمة (شروطهم) .

اما ما ذكره المستمسك من ان الاية والرواية لادلالة فيهما على الحكم التكليفي والا لزم ترتب عقابين على البائع اذا امتنع عن تسليم المبيع الى المشتري عقاب الغصب، والعدوان على مال الغير ، وعقاب مخالفة وجوب الوفاء ولايمكن الالتزام بذلك فيتعين ان يكون المقصود منها الارشاد الى صحة العقد والشرط والنذر ، ومقتضى العموم الازماني عموم الصحة بحسب الازمان فيدل على اللزوم ، وعدم ترتب اثر على الفسخ لو وقع ، وقد خرج من ذلك نفس العقد الجائز وبقي الشرط الواقع في ضمنه على حاله ، الى آخر كلامه .

فيرد عليه اولا :ان الوضع والتكليف وجهان لشيء واحد ،لما ذكره الشيخ في الرسائل من ان التكليف ينتزع منه الوضع ، فلا يكون هناك حكم وضعي

---

(١) الوسائل : ج/١٥ ص ٣٠ الباب ١٩ من أبواب المهور ح/٤ .

اذ لا يخفى ما فيه .

فى قبال الحكم التكليفى، فالاية والرواية تدلان على الحكم التكليفى ، ووحدة الحكم توجب وحدة العقاب لدى المخالفة .

وثانياً: لوسلمنا تعدد الحكم التكليفي والوضعي لايلزم من كون الاية والرواية في صدد الحكم التكليفي تعدد العقاب ، فان العقاب على مخالفة الوضعي ، بالاضافة الى مخالفة التكليفي خلاف الضرورة والاجماع .

وثالثاً: اذا سلمنا خروج العقد الجائز عن اطلاق أوفوا، لزم ذلك خروج الشرط في ضمنه عن اللزوم لماتقدم من الادلة على ان ما في ضمن العقد الجائز ليس لازماً ، وقدعرفت دهاب المشهور الى ذلك .

ورابعاً : ان معنى (اوفوا)و (عند) هو الدوام. لاان ذلك مقتضى العموم الا زماني ، فانه لوفسخ لم يكن (وفى) ولم يكن (عند) .

وبما تقدم ظهر ان قول المصنف : (اذلايخفى مافيه) محل نظر، كماظهر ان احتمال ان يكون (اوفوا)و (عند) استعمل في الاعم الشامل للواجب والمستحب مثل : (اغتسل للجمعة والجنابة) فالوفاء بالعقد اللازم لازم ، و بالشرط اللازم لازم .

أما الوفاء بالعقد الجائز والشرط في ضمنه فمستحب محل نظر ، اذانه وان كان ممكناً حسب تحمل اللفظ لوكانت قرينة ، الا انه خلاف الظاهر، اذظاهر (اوفوا) الوجوب ، وظاهر (عند) البقاء عنده ، وذلك ممايلازم الوجوب ايضاً أوهوعبارة اخرى عنه .

مسألة-٣-اذا دفع اليه مالا وقال: اشتر به بستاناً مثلا او قطيعاً من الغنم فان كان المراد الاسترباح بهما بزيادة القيمة صح مضاربة وان كان المراد الانتفاع بنمائهما بالاشتراك ففي صحته مضاربة وجهان :

(مسألة -٣-) اذا دفع اليه مالا وقال : اشتر به بستاناً مثلا اوقطيعاً من الغنم، فان كان المراد الاسترباح بهما بزيادة القيمة صح مضاربة،) لاطلاق الادلة الشاملة لمثل ذلك ، ومنه يظهر صحة المضاربة في اشتراء الارض للمضاربة، ثم اللازم ان تكون نتيجة الامر الاسترباح ولو لم يكن في هذا الاشتراء ربح قطعاً ، بل خسارة اذا كان ذلك لازم المعاملة ، مثلا : اللازم في عالم التجارة دوران المال من جهة تشغيل العمال ونحوه ، وذلك يقتضى التعامل بما يتضرر في بعض الوقت ، فان مثل هذا التعامل لايضر بالمقصود من المعاملة الذي هو الاسترباح في آخر الامر فتعبيره بالاسترباح، لايراد به الا النتيجة ولو البعيدة .

(وان كان المراد الانتفاع بنمائهما بالاشتراك) بين المالك والعامل (ففي صحته مضاربة وجهان) بل قولان :

الاول : الفساد ، قال في القواعد : ولو شرط ان يشترى اصلا يشتركان في نمائه كالشجر والغنم : فالاقرب الفساد ، لان مقتضى القراض التصرف فى رأس المال .

وقال فى مفتاح الكرامة فى شرحه : كما هو خيرة المبسوط والسرائر و جامع الشرائع والتذكرة والتحرير والايضاح وجامع المقاصد والمسالك.

من ان الانتفاع بالنمـــاء ليس من التجارة فلايصح ومن أن حصوله يكون بسبب الشراء فيكون بالتجارة؟

الثاني : الصحة : كما اختاره مفتاح الكرامة و قال : انه مقتضى اطلاق اكثرعبارات القدماء، وبعض المتأخرين ، وجه البطلان ما أشار اليه المصنف بقوله : (من ان الانتفاع بالنماء ليس من التجارة فلايصح ،) لان القراض عمل تجارى ، ولذا قال فى جامع المقاصد: ان مقتضى القراض الاسترباح بالتجارة وليس موضوع النزاع «اى اشتراء البستان والغنم» كذلك فلايصح القراض عليه وهو الاصح ـ انتهى .

والظاهر ان الفرق بين دليل القواعد ، ودليله ان الاول اعم ، لان التصرف قد يكون استرباحاً وقد لايكون ،ففى مثل الغنم والشجر لاتصرف ولااسترباح ، فقول المستمسك على جامع المقاصد: لم يتضح الفرق بين التعليلين محل مناقشة، واضاف المستمسك قوله : العمدة عدم الدليل على صحة المضاربة فى المقام ومفهومها العرفى ياباه .

(ومن ان حصوله) اى الربح (يكون بسبب الشراء فيكون بالتجارة) بعد صدق المضاربة والتجارة عرفاً على ذلك ، فيشمله عنوانا التجارة، و المضاربة الواردان فى النص والفتوى .

ومنه يعلم ، عدم الاحتياج الى صدق التصرف الذى ذكره العلامة كمايعلم وجه النظر فى استدلالى جامع المقاصد والمستمسك ، كما انه لايبقى مجالا للاصل الذى تمسك به الجواهر دليلا على عدم ترتب الاثر.

والاقوى البطلان مع ارادة عنوان المضاربة . اذهى مايكون الاسترباح فيه بالمعاملات وزيادة القيمة ، لامثل هذه الفوائد نعم لابأس بضمها الى زيادة القيمة

أما قول الجواهر انه لم يعرف القول بالصحة لاحد من اصحابنا، فان اراد الصريح ، فقد عرفت فتوى مفتاح الكرامة بالصحة ، وان اراد اجمالا، فقد تقدم ان اطلاق غير واحد من القدماء والمتأخرين يشمله، ولذا قوى بعض المعاصرين الصحة(و)هو الاقوى ،خلافاً لتردد الشرائع، وقول المصنف : (الاقوى البطلان مع ارادة عنوان المضاربة ، اذهى مايكون الاسترباح فيه بالمعاملات وزيادة القيمة) لامثل هذه الفوائد ، وفيه ماعرفت فى جواب القائل بالبطلان.

(نعم لابأس بضمها الى زيادة القيمة) كماعن المبسوط والسرائر والتذكرة والجامع ، وقال فى المسالك : واعلم ان المنع انما هوفى حصر الربح فى النماء المذكور، كما تقتضيه هذه المعاملة، والافلا يمنع كون النماء بينهما، ويحتسب من جملة الربح على بعض الوجوه ، كما اذا اشترى شيئاً له غلة فظهرت غلته قبل ان يبيعه ، فانها تكون بينهما من جملة الربح ، الا ان الربح لم يحصر اد فيها لامكان تحصيله من اصل المال ـ انتهى .

وحيث ان اطلاق ادلة المضاربة يشمل النماء ايضاً ، لافرق بين تعرض المتعاقدان للنماء وعدمه ، فانه داخل فى الربح على اى حال.

ومنه يعلم ، ان قول المستمسك : اذا حصل النماء من باب الاتفاق ، ولم يكن قد تعرض له المتعاقدان ، فالقاعدة تقتضى كونه للمالك ، لانه نماء ملكه ، ولاوجه لمشاركة العامل فيه محل اشكال ، اذبعد شمول اطلاق عقد المضاربة

و ان لم يكن المراد خصوص عنوان المضاربة فيمكن دعوى صحته للعمومات

له لاوجه لاختصاص المالك به ، وعليه فلافرق بين اشتراط كون النماء لهما صريحاً او اطلاقاً .

نعم ،لو كان النماء خارجاً عن الاطلاق كان اللازم كونه للمالك، لانه نماء ملكه فتأمل، كما انه اذا شرط في عقد المضاربة كون النماء كلا للعامل صح الشرط وان لم يلزم الوفاء به من جهة ان الشرط في العقد الجائز ، غير لازم الوفاء به .

(و) كيف كان ، فـ (ان لم يكن المراد خصوص عنوان المضاربة فيمكن دعوى صحته للعمومات) اى عموم اوفوا بالعقود ونحوه على ما تقدم، من ان العمومات تشمل كل عقد ، ولولم يكن فى زمن الرسول صلى الله عليه وآله وسلم والائمة عليهم السلام ، اذ احتمال اختصاص العمومات بالمتعارف من جهة الانصراف ، قد تقدم الاشكال فيه، كما افتى بذلك المستمسك ، وسكت جملة من المعلقين على الماتن ، مما يظهر رضا هم به . نعم اشكل فيه آخرون ،بل جعله بعضهم با طلا .

مسألة ـ ٤ ـ اذا اشترط المالك على العامل ان يكون الخسارة عليهما كالربح او اشترط ضمانه لرأس المال ، ففي صحته وجهان اقواهما الاول لانه ليس شرطاً منافياً لمقتضى العقد ، كما قد يتخيل بل انما هو مناف لاطلاقه ، اذ مقتضاه كون الخسارة على المالك وعدم ضمان العامل الا مع التعدى او التفريط

(مسألة ـ ٤ ـ) اذا اشترط المالك على العامل ان يكون الخسارة عليهما كالربح أو اشترط ضمانه لرأس المال، ففي صحته وجهان ،) بل قولان (اقواهما الاول) اى الصحة ، لاطلاق ادلة الشروط [1] ، وعدم منافات هذه الشروط ، الا لاطلاق المضاربة ، لا لمقتضاها ولا للكتاب والسنة .

(لانه ليس شرطاً منافياً لمقتضى العقد ـ كما قد يتخيل ،) ذكره القواعد وهو القول الثاني قال : ولو اشترط ما ينافيه ، فالوجه بطلان العقد ، مثل ان يشترط ضمان المال أوسهماً من الخسران ، وعلله جامع المقاصد بانها منافية لمقتضى العقد شرعاً فيبطل العقد بها،لأن التراضي المعتبر فيه لم يقع الى على وجه فاسد فيكون باطلا .

وقال في مفتاح الكرامة : البطلان فيها صريح التذكرة في آخر الباب والايضاح ، وقضية كلام الباقين .

(بل انما هو مناف لاطلاقه، اذ مقتضاه) اي مقتضى الاطلاق (كون الخسارة على المالك وعدم ضمان العامل الا مع التعدى أو التفريط) والذا قال في الجواهر

(١) الوسائل : ج/١٥ ص ٤٩ الباب ٤٠ من أبواب المهور ح/٢ .

ان جميع هذه الامور من الاحكام ، أوما هو مقتضى اطلاق العقد ، لانهـا من منافيات مقتضاه التى تعود عليه بالنقص فتأمل جيداً ـ انتهى.

والفرق بين مقتضى الاطلاق والاحكام ان الاول ما يكون من حقيقة العقد عرفاً الذي قرره الشارع ، والثاني مارتب الشارع عليه من الحكم ممالا يرتبط بالعرف مثلا : الشارع اشترط الصيغة في النكاح ، بينما العرف لايرى ذلك ، حيث انهم يرون كفاية الرضا بالزوجية من الطرفين ، فان اللفظ ليس الا مظهراً، فاذا كان المظهر غيره كفى .

لايقال : ان كون الخسارة على العامل كلا أو بعضاً، خلاف الدليل الذى دل على ان الامين ليس عليه الااليمين .

لانه يقال : وان كان خلاف ذلك ، الا ان ذلك خـلاف اطلاقه ، لاما اذا شرط ضمانه .

وبما تقدم ظهران ما في تعليقة السيد البروجردى ، وبعض آخـر ، من ان اشتراط كون الخسارة على العامل ، كأنه اشتراط لامر غير معقول ، محل منع فأى غير معقولية لهذا الشرط ، ولنفرض ان المالك عنده مائه يريد ادخـاره ليوم حاجته ويأتيه العامل للمضاربة ، وحيث انه لايتحمل الخسارة يشترط عليـه هذا الشرط ، فهل هذا غير معقول ولو عرفياً، بله كونه معقولا عقلياً ، فان العامل العـاقل يقدم على مثل ذلك اذا كان يرى فيه احتمـال الربـح العقلائي كاقدام كل أصحاب الاموال على مثل ذلك ، ويؤيده صحة مثل هذا الشرط جملة من الروايات :

مثل المروى عن الرسول صلى الله عليه وآله وسلم في كتب الفريقين (الخراج بالضمان)[1] حيث دل على ان الربح في قبال الخسارة ، فاذا كان العامل يربح عند ظهور الربح فهو يخسر عند الخسران .

لايقال: الحديث منصرف من هذه الصورة لان العامل يعطى عمله وخسارة المال ويكون حينئذ أسوء من دابة الكراب ، حيث انها تشبع في قبال عمله .

لانه يقال : بالاضافة الى ان الاستحسانات لامجال لها في الفقه ، والى ان النقض وارد على نفس القائل ،حيث انه يصح عدم شيء للعامل عند الخسارة فيكون أسوء ايضاً من دابة الكراب، حيث لم يشبع العامل في قبال عمله ، ان الخسارة تكون على المالك والعامل على حد سواء ، اذ المال عمل مجسم للمالك ، فاذا جعل الخسارة بينهما ، كان ، قد خسر كل من المالك والعامل: المالك عمله المجسم والعامل عمله اليدوى ، بالاضافة الى عمله المجسم الذى هو المال الذى يعطيه للمالك خسارة ، وحيث ان كل واحد يخسر عمله لافرق بين الزيادة والنقيصة فى العمل ، مثلا : عمل المالك يومين حتى حصل على دينارين وخسرهما العامل اياهما في يوم ، حيث يعطى ديناراً للمالك ـ حسب شرط تقسيم الخسارة بينهما نصفين ـ فان المالك خسر عمل يوم والعامل

---

(١) انظر الوسائل : ج/١٣ ص ٢٥٧ الباب ١٧ من أبواب الاجارة ح/١ ، ٢ ، ٣ ، ٤ . انظر السنن لابن ماجه : ج/٢ الباب ٤٣ من أبواب التجارات . المستدرك : ج/٢ ص ٤٧٣ الباب ٧ من أبواب الخيار ح/٣ .

خسرعمل يومين يومه الذى ذهب في الخسارة، ويومه الثاني الذى ربح فيه ديناراً واعطاه للمالك ، وقد تتساوى الخسارتان ، فقد عمل المالك يوماً حتى ربح دينارين وخسرهما العامل في نصف يوم وربح في النصف الثاني دينارين حيث يعطي ديناراً منها للمالك ، فيكون الحاصل ان كلا منها عمل يوماً ، وكان ناتجه له ديناراً ، واذا فرض ان العامل حصل ثلاثة دنانير في نصف اليوم كانت خسارة المالك أكثر، حيث ان المالك حصل ديناراً لعمل يوم ، والعامل حصل دينارين .

وفي حسن الكاهلي ، عن ابي الحسن موسى عليه السلام ، في رجل دفع الى رجل مالا مضاربة ، فجعل له شيئاً من الربح مسمى فابتاع المضارب متاعاً فوضع فيه ؟ قال عليه السلام : على المضارب من الوضعية بقدر ما جعل له من الربح .(١)

وهذه الرواية ناظرة الى المضاربات العرفية ، حيث يجعلون الخسارة و الربح بالنسبة الى كليهما ، فلا وجه لجعل الحديث متروكا ، كما قال به بعضهم.

أما صحيح محمد بن قيس، عن ابي جعفر عليه السلام في حديث : ان علياً عليه السلام قال : من ضمن تاجراً فليس له الا رأس ماله وليس له من الربح شيء(١) وفي بعض طرقه : (من ضمن مضاربة)(٢) فلاينا في ماذكرناه لاحتماله ان

---

(١) الوسائل : ج/١٣ ص ١٨٦ الباب ٣ من أبواب المضاربة ح/٦ .
(٢) الوسائل : ج/١٣ ص ١٨٦ الباب ٤ من أبواب المضاربة ح/
(٣) الوسائل : ج/١٣ ص ١٨٦ الباب ٤ من أبواب المضاربة ح/١ .

....

يكون المراد اعطاء المالك مالا للتاجر ليتجر به لنفسه ـ لا مضاربة ـ فليس للمالك ربح ، كما ليس عليه خسارة ، والنسخة الثانية غير ثابتة ، فلا تكون دليلا على خلاف ما ذكرناه ، ولذا حمله فى محكي الوافى وغيره على ان يكون المال قرضاً ، ولايرد عليه ما فى المستمسك قائلا : وهو مع انه خلاف الظاهر منه مخالف للقواعد ، اذ لم يعرف وجه كونه خلاف الظاهر منه ، ولا كونه مخالفاً للقواعد .

أما روايات كون الوضيعة على المالك فهى غير منافية ، لانها ذكرت مطلقة لا انها كذلك حتى فى حال الشرط ، فهى مثل سائر روايات أحكام المعاملات حيث يمكن رفع جملة منها بالشرط .

ففى صحيح اسحاق بن عمار ، عن ابى الحسن عليه السلام قال : سألته عن مال المضاربة ؟ قال عليه السلام : الربح بينهما ، والوضيعة على المال.[١]

وفى صحيح الحلبي ، عن ابي عبد الله عليه السلام قال : المال الذى يعمل به مضاربة له من الربح ، وليس عليه من الوضيعة شىء ، الا ان يخالف أمر صاحب المال.[٢] ومثلهما رواية الكناني وغيرها .[٣]

---

(١) الوسائل : ج/١٣ ص ١٨٦ الباب ٣ من أبواب المضاربة ح/٥ .
(٢) الوسائل : ج/١٣ ص ١٨١ الباب ١ من أبواب المضاربة ح/٤ .
(٣) المصدر : ح/٦ .

واحتمال ان يكون ذلك مقتضى العقد ، خلاف الظاهر ، حيث ان العقد عرفي ، والعرف يرى ان ذلك مقتضى اطلاق العقد .

وبذلك تبين ، ان الاشكال على الشرط المذكور بأنه خلاف مقتضى العقد أو خلاف الكتاب والسنة أو خلاف العقل ، وعليه فيفسد الشرط فقط ، أو يفسد العقد ايضاً ، كما ذهب الى كل بعض ، غير ظاهر الوجه .

مسألة -٥- اذا اشترط المالك على العامل ان لايسافر مطلقا او الى البلد الفلانى او الا الى البلد الفلانى اولا يشترى الجنس الفلانى او الاالجنس الفلانى اولا يبيع من زيد مثلا، او الا من زيد او لايشترى من شخص او الا من شخص معين

(مسألة - ٥ -) اذا اشترط المالك على العامل أن لايسافر مطلقا) في مدة المضاربة ، لالاجل الاعمال التجارية ، ولا لاجل نفسه في زيارة أو غيرها السفر الشرعي ، أو حتى غير الشرعى ، والمتبع عند الشك الفهم العرفي ، حيث انهم يفهمون مطلق السفر ، لاالشرعي منه ، فاذا كان عاصياً في سفره مما لاحكم شرعي له ، كان مشمولا لنهى المالك .

(أو الى البلد الفلاني ، أو الا الى البلد الفلانى) أو المستغرق لزمان كذا كالسفر عشرة أيام ، أوفي شهر شوال مثلا ، أو بالوسيلة الفلانية كالدابة ، أومع الرفقة الفلانية ، الى غير ذلك من مقيدات السفر ايجاباً أو سلباً .

(أولايشترى الجنس الفلانى ،أوالا الجنس الفلانى) أو بسائر القيود المربوطة بالجنس ايجاباً أو سلباً(أولا يبيع من زيد مثلا ، أوالامن زيد) أوكان نهيه وأمره مقيداً بقيد مثل الايبيع من زيد في الصيف ،أولا يبيع له ، الا في الصيف ، حيث يرى المالك اختلال تصرف زيد في أحد الوقتين ، الى غير ذلك من الامثلة .

(أو لايشتري من شخص ، أو الا من شخص معين) أوالنوع بدل الشخص ايجاباً أو سلباً ، أمراً ونهياً ، مطلقاً أو مع قيود ، زمـانية أو مكانية ، أو غيرهما (أو نحو ذلك من الشروط) مما يجمعها الشروط الزمانية والمكانية والمعاملية- كالنقد والنسية - والوسائلية مثل السفر ووسيلته ،والطرفية -اى طرف المعاملة-

فلايجوز له المخالفة والا ضمن المال لو تلف

أوشيء خارج عن المعاملة ، مثل ان يتزوج ، حيث يرى المالك ان عدم ازدواج العامل يسبب تهمته ، مما لايناسب المالك ان يكون عامله كذلك ، الى غير ذلك .

(فلا يجوز له المخالفة) كما ذكر بعض الشروط المذكورة ، وقال بصحتها المبسوط والشرائع والتذكرة والقواعد والمسالك وجامع المقاصد والمفاتيح والغنية والسرائر وغيرهم ، وادعى بعضهم عدم الخلاف ، أو الاجماع على الصحة ، ونص بعضهم بالصحة ، وان ضاقت بذلك التجارة .

اما أصل جواز الشرط ، فيدل عليه اطلاق : المؤمنون عند شروطهم ، والروايات الخاصة فى المقام مما تقدم بعضها ويأتي بعضها الاخر .

واما انه لايجوز له المخالفة ، فالمراد به تارة عدم الجواز تكليفاً وذلك اذا تصرف في المال تصرفاً ممنوعاً منه مثلا: قال له لاتذهب بالمال الى بلد آخر او لاتعطه الى زيد او ما اشبه ذلك ، فانه تصرف غير مأذون فيه ، وذلك حرام كتاباً وسنة واجماعاً وعقلا ، وتارة عدم الجواز وضعاً الى عدم النفوذ كما اذا قال له لاتبع من زيد فباع منه ، فانه لايجوز البيع ، اى لاينفذ اذا باع ، وانما يكون فضولياً ان اجازه المالك جاز والابطل .

ومنه يعلم ان قوله : (والا ضمن المال لو تلف) لابد وان يراد به ما اذا تصرف فى المال تصرفاً عملياً ، خلاف اذن المالك ، اذ التصرف غير العملى كالبيع ممن منعه عن بيعه بدون التسليم له ، لايوجب تلفه الضمان ، لانه لم يعمل عملا

بعضاً او كلا

في المال ، ومجرد العقد لايوجب الضمان تلف اولا ـ اذا لم يكن التلف بتعد اوتفريط ـ .

(بعضاً او كلا) لاطلاق دليل اليد وغيره ، نعم قد يقال : بانه اذا تصرف تصرفاً عملياً في المال ، انما يكون ضمان اذا كان التصرف سبباً لذلك ، لاما اذا كان التلف على اى حال ، مثلا : قال المالك : لاتدع الماشية ليلا فى المراح خوفاً من السارق ، والعامل لم يسمع وجعلها فى المراح وجاء السارق وسرقها ولم يكن فرق فى كونها تسرق بين كونها في المراح او غيره ، فان دليل اليد واطلاق دليل الضمان في المورد منصرف عن مثل ذلك .

ثم لو شرط عليه شرطاً وعلم انه لو اتبع الشرط عطب، كان عليه عدم اتباع الشرط ، فلو اتبعه كان ضامناً ، كما اذا قال له : اجعلها في المراح ، وعلم بأن السارق يسرقها من المراح دون الاصطبل مثلا ،فانه لايحق له جعلها فى المراح لان الشرط منصرف عن هذه الصورة،اللهم الا اذا صرح بانه يجعلها فى المراح وان علم انها تسرق ، اذ لاحرمة ولاضمان حينئذ ، اللهم الا اذا كان حرمة كونه تعاوناً على الاثم ، حيث ان السرقة حرام ، أو كان اتباع شرط المالك حراماً شرعاً ، كما اذا علم ان وضعها فى المراح يوجب لدغ الحية لها فتهلك فانه اتلاف للمال ، وهو غير جائز شرعاً .

ثم انه لا خلاف في الضمان اذا تلف المال ، ويدل عليه جملة من النصوص مثل صحيح محمد بن مسلم ، عن احدهما عليهما السلام قال: سألته عن الرجل

وضمن الخسارة مع فرضها ، ومقتضى القاعدة

يعطي المال مضاربة وينهي ان يخرج به فخرج قال عليه السلام :يضمن المال والربح بينهما.[١]

وصحيح الحلبي ، عن ابي عبدالله عليه‌السلام انه قال : في الرجل يعطى المال فيقول له : ائت ارض كذا وكذا ولاتجاوزها ، واشتر منها ؟ قال : فان جاوزها وهلك المال فهو ضامن ، وان اشترى متاعاً فوضع فيه فهو عليه ،وان كان الربح فهو بينهما.[٢]

وفي روايته الاخرى ، عن ابي عبد الله عليه السلام ، في الرجل يعطي الرجل مالامضاربة فيخالف ما شرط عليه ؟ قال عليه‌السلام : هوضامن والربح بينهما[٣] الى غير ذلك من الروايات .

(وضمن الخسارة مع فرضها) بأن لم يتلف المال وانما خسر (ومقتضى القاعدة)ان ما يذكر في المضاربة على ثلاثة أقسام :

الاول : ما يكون مصب العقد ، مثل عقد المضاربة لاشتراء الغنم فاشترى بقراً .

الثاني : ما يكون خارجاً عن مصب العقد ، لكن على نحو القيد فيكون المصب مقيداً حتى اذا انتفى القيد انتفى المصب .

الثالث :مايكون شرطاً ،اى على نحوالالتزام في الالتزام حتى اذالم‌يعمل

---

(١) الوسائل : ج/١٣ ص ١٨١ الباب ١ من أبواب المضاربة ح/١ .
(٢) الوسائل : ج/١٣ ص ١٨١ الباب ٢ من أبواب المضاربة ح/٢ .
(٣) الوسائل : ج/١٣ ص ١٨٢ الباب ١ من أبواب المضاربة ح/٥ .

وان كان كون تمام الربح للمالك على فرض ارادة القيدية اذا أجاز المعاملة وثبوت خيار تخلف الشرط على فرض كون المراد من الشرط الالتزام في الالتزام

العامل بالشرط ، كان العقد باقيا،وانما للمالك خيار تخلف الشرط ، ثم الداعي في الثاني ، والثالث قد يكون خوف الخسارة فيقيد ، أو يشترط المعاملة بأن لايكون مواد الانشاء لخوف الخسارة ، وقد يكون غير خوف الخسارة ، بل بداع آخر ، مثل انه لايريد التعامل مع زيد ، وان كان ربح .

ففي القسم الاول :اذا خالف كانت معاملة فضولية لانها خارجة عن مصب المعاملة .

وفي القسم الثاني : اذا خالف كانت المعاملة فضوليه ايضاً ، لان المقيد يذهب بذهاب قيده من غير فرق بين انيكون الداعي خوف الخسارة أوغيره اذ الداعي لامدخلية له في المعاملة،فلا فرق في فضولية المعاملة بين عدم الربح والربح .

وفي القسم الثالث : تكون المعاملة صحيحة ، وانما للمالك خيار تخلف الشرط ،من غيرفرق بين الداعيين .

والى ما ذكرناه أشار المصنف بقوله : ومقتضى القاعدة (وان كان كون تمام الربح للمالك على فرض ارادة القيدية) سواء كان المقيد مصباً ، كما في القسم الاول ، أو قيداً كما في القسم الثاني .

(اذا أجاز المعاملة ،) لانها فضولية (وثبوت خيار تخلف الشرط على فرض كون المراد من الشرط الالتزام في الالتزام ،) وكون الربح في القسمين

وكون تمام الربح له على تقدير الفسخ الا ان الاقوى اشتراكهما في الربح

الاولين، قديكون لكلا العامل والمالك اذا كان من قبيل زيادة قيمة الثوب بالصبغ مما يوجب الشركة ، وان كان فاعل ذلك غاصباً ، وقديكون للمالك فقط اذا لم يكن من قبيل الشركة القهرية .

(وكون تمام الربح له) اي للمالك (على تقدير الفسخ) في القسم الثالث اذا لم يكن من قبيل الشركة القهرية ، والا لهما اذا كان من قبيل الشركة القهرية او اذا لم يأخذ المالك بخيار الشرط فبقيت المضاربة على حالها .

(الا ان الاقوى اشتراكهما في الربح) على ما قررناه في المضاربة في كل الاقسام الثلاثة ، وقد نسب اطلاق الاشتراك في الربح الى الاصحاب ، وعلى ما ذكرناه فالكلام في أمرين :

الاول : في كون مقتضى القاعدة ما ذكره المصنف وأيدناه .

الثاني : في ان كلام الاصحاب تبعاً للروايات، هل يشمل كل الاقسام الثلاثة أم لا ؟

أما الاول : فقد عرفت ان مقتضى القاعدة هو كلام المصنف ، مع بعض الملاحظات التي ذكرناها على كلامه .

ومنه يعلم وجه النظر في كلام المستمسك حيث ذكر قسماً رابعاً بقوله : ان يأمر المالك به، أو ينهى عنه من دون ملاحظة كونه شرطاً له على العامل ،ولا قيداً للعمل : بل لوحظ لنفسه لما فيه من الفائدة ، مثل ان يقول : احمل النقد

في هميان، أواتخذ حارساً يحفظ مال التجارة اذفيه ان ذلك ان كان أمراً خارجاً عن المعاملة لم يرتبط بالمضاربة فلاوجه لعده في سياق الاقسام الثلاثة . وان كان أمراً داخلا كان مصباً أوقيداً أو شرطاً ، ولايتصورقسم رابع .

ثم انه قسم المقوم والخارج الى قسمين بقوله :

الاول ما يؤخذ قيداً في مقام الواقع، كما اذا قال : لاتتجربالاكفان، ولو خالف كان غير مأذون فيه فصحتها على خلاف قاعدة السلطنة ، لاتصح الا باجازة المالك .

والثاني ما أخذ قيداً في مقام الظاهر خوفاً من الخسران كما اذا قال: لاتشتر التمر فانه خطر فاشترى تمراً وربح ، فالمعاملة وان كانت غير مأذون فيها ظاهراً مأذون فيها واقعاً ، ولامنافات بين الامرين ، لعدم التنافى بين الحكم الظاهرى والواقعي، فالمعاملة صحيحة ولا تحتاج الى الاجازة .

وفيه : ان الاختلاف قديكون بالداعي ، وقديكون بتوجه المعاملة وعدمه فان كان الاختلاف ، بالداعى كان عدم اتجاره بالاكفان وبالتمر على نسق واحد في المنع ولايهم اختلاف الداعى في كون المعاملة فضولية ، وان كان الاختلاف بتوجه المعاملة وعدمه ، فلاربط للظاهر والواقع ، وكلاهما واقع حينئذ، الى غيرهما من مواقع النظر في كلامه (ره) .

واما الثاني: فالظاهر اطلاق النص والفتوى فان الاقسام الثلاثة متعارف في المعاملات ، ومع ذلك لم تنبه الروايات على الفرق بينها، واختـلاف تعبير الروايات انما يستفاد منها الاختلاف في التعبير العرفي، لا الدقة، فقد تقدم في

....

رواية محمد بن‌مسلم: وينهى ان يخرج به فخرج ؟ قال‌عليه السلام: يضمن‌المال والربح بينهما[١].

وفي رواية الحلبـي المتقدمة وائت ارض كذاوكذا ولا تجاوزها واشتر منها، قال: فان جاوزها وهلك المال فهو ضامن وان اشترى متاعاً فوضع‌فيه فهو عليه، وان ربح‌فهو بينهما[٢].

وفي‌رواية الحلبي فيخالف ماشرط عليه ، قال عليه السلام :.هو ضامن و الربح بينهما[٣].

وفي رواية الكناني، قال سألت ابا عبد الله عليه السلام عن المضاربةيعطي الرجل المال يخرج به الى الارض، وينـهي ان يخرج به الى ارض غيـرها ، فعصى فخرج به الى ارض اخرى فعطب المال؟ فقال: هوضامن فان سلم فربح فالربح بينهما[٤].

وفي رواية الحلبي، عن ابي عبد الله عليه السلام، انه قال : في المال الذي يعمل به مضاربة له من الربح، وليس عليه من‌الوضعية شيء، الاان يخالف‌امر صاحب المال فان العباس كان‌كثير المال وكان يعطي الرجال يعملون به‌مضاربة ويشترط عليهم ان لاينزلوا بطن واد، ولا يشتـروا ذاكبد رطبـة ، فان خالفت

(١) الوسائل : ج/١٣ ص ١٨١ الباب ١ من كتاب المضاربة ح/١ .
(٢) الوسائل : ج/١٣ ص ١٨١ الباب ١ من كتاب المضاربة ح/٢ .
(٣) الوسائل : ج/١٣ ص ١٨٢ الباب ١ من أبواب المضاربة ح/٥ .
(٤) الوسائل : ج/١٣ ص ١٨٢ الباب ١ من أبواب المضاربة ح/٦ .

لجملة من الاخبار الدالة على ذلك

شيئاً مما امرتك فانت ضامن للمال.(١)

وعن جميل، عن ابـي عبد الله عليه السلام، في رجل دفع الى رجل مالا يشتري به ضرباً من المتاع مضاربة ، فذهب فاشترى غيـر الذي امره؟ قال: هو ضامن والربح بينهما على ماشرط.(٢)

وعن ابي بصيرعن أبى عبدالله عليه السلام ، في الرجل يعطي الرجل مالا مضاربة وينهاه انيخرج الى ارض اخرى فعصاه ؟ فقال : هو له ضامن والربح بينهما اذاخالف شرطه وعصاه.(٣) الى غيرها من الروايات .

وبناءاً على هذه الروايات، فهما مشتركان في الربح على ماقررا (لجملة من الاخبار)المتقدمة (الدالة علىذلك .) اماما ذكره السيدان البروجردى والجمال والعبارة للاول: لايبعدورودها على طبق القاعدةفان غرض المالكمن المضاربة هو استنماء المال وانما يمنع عن العمل على وجه خاص لجهله بالواقعوكونه عنده معرضاً للخسران مثلا ، فاذا خالفه العامل وربح فيه كان عمله على وفق ما ضاربه لاجله، فاستحق نصيبه منه، وان كان خرج بها عن الامانة.

فيرد عليه أولا: ان اصل الربح يختلف عن كميتـه فيمكن ان يكون الربح اذا عمل بنظر المالك اضعاف الربح الذي ربحه مع مخالفة المالك.

---

(١) الوسائل : ج/١٣ ص ١٨٢ الباب ١ من أبواب المضاربة ح/٧ .
(٢) الوسائل : ج/١٣ ص ١٨٢ الباب ١ من أبواب المضاربة ح/٩ .
(٣) الوسائل : ج/١٣ ص ١٨٣ الباب ١ من أبواب االمضاربة ح/١٠ .

ولاداعي الى حملها على بعض المحامل

وثانياً: هل يقول السيدان بمثل ذلك في سائــر المعاملات ، كما اذا اعطاه مالا ليرهن داراً وقصده ان يسكنها فاشتراها اوبالعكس، حيث ان المال لايفنى على كلا الحالين، ويمكن نضه عند الاشتراء ببيع الدار اذا لم يردها، الى غير ذلك من الامثلة، فانه لو كان الداعي مؤثراً لزم القول به في كل مكان وان لم يكن مؤثراً كانت هذه الروايات على خلاف القاعدة.

نعم يمكن ان يجعل هذه الروايات على وفق القاعدة باعتبار ان الربح وليد المال والعمل، فاللازم تقسيمه بينهما فيكون حاله حال مااذا صبغ الغاصب الثوب فارتفعت قيمته، حيث يكون الربح بينهما ، وان كان التلوين على خلاف رضاية المالك، ومثله يقال اذا كان لزيد ارض ومواد بناء، فبناهما البناء بدون رضى زيد حيث ان ارتفاع الدار يكون بينهما، وكذا اذا سمن الغاصب غنم المالك برعيها في الاعشاب تكون زيادة القيمة لهما الى غير ذلك من الامثلة خصوصاً اذا لم يكن الامر على وجه الغصب، والمخالفة العمدية بل من جهة النسيان والاضطرار وما اشبه، حيث يشمله لايتوى حق امرء مسلم[1] ونحوه (ولاداعي الى حملها على بعض المحامل) كما في الجواهر قال : ويمكن تنزيل هذه النصوص على ارادة بقاء الاذن في المضاربة، وارادة الضمان من الاشتراط كما يؤمى اليه مافي ذيل صحيح الحلبي السابق،[2] وخصوصاً ذكره عليه السلام له بعنوان التعليل للحكم، بل لعل ذلك

---

(١) المستدرك : ج/٣ ص ٢١٥ الباب من أبواب نوادر الشهادات ح/٥ .

(٢) الوسائل : ج/١٣ ص ١٨٢ الباب ١ من أبواب المضاربة ح/٥ .

ولاالى الاقتصارعلى مواردها لاستفادةالعموم من بعضها الاخر.

هو المعروف فيما بينهم سابقاً من الشرط، كماعساه يومى اليه خبر رفاعة، عن ابي عبدالله عليه السلام في مضارب يقول لصاحبه ان انت اذهبته اوأكلته فانت له ضامن، قال هو له ضامن اذا خالف شرطه ـ انتهى.

وذلك لان بعض الروايات مطلقة. والقرينتان لاتصلحان لتقييد المطلقات ولذا ذهب المشهور من المعاصرين الى ماذهب اليه المصنف، ولم يرتضوا بحمل الجواهر ولو جعلنا الروايات على القاعدة بناءاً على ماذكرناه كان الحمل خلاف القاعدة ايضاً.

(ولا الى الاقتـصار على مواردها) قال في الجواهر ومن هنا جعل بعض الناس على مافي النصوص ولعل اقتصار المصنف على هاتين الصورتين لذلك ومراده قول الشرائع، ولوأمره بالسفر الى جهة فسافر الى غيرها، أو أمره بابتياع شيء معين فابتاع غيره ضمن، ولوربح والحال هذه كان الربح بينهما بموجب الشرط ـ انتهى.

ثم قال الجواهر لكن لايخفى عليك ما فيه بعد ماسمعته من النصوص الدالة على الاعم من ذلك، وهو كل شرط قد خولف وهو الذى جزم به غير واحد الى آخر كلامه، لكن تخصيصه الامر بالشرط لاوجه له بعد ان عرفت ان الامر على ثلاثة اقسام.

(لاستفادة العموم من بعضها الاخر) وقول المستمسك لايظهر وجود العام الدال على الاشتراك فى الربح مع المخالفة، وانما الموجود العام الدال على

الضمان مع المخالفة لاغير، محل اشكال كما لايخفى .

ثم لو خالف ثم رجع الى شرط المالك والمال لم يصب باذى فهل يكون ضامناً ام لا ؟ كما اذا شرط عليه السفر من بغداد الى كربلاء ، فسافر الى الحلة ثم رجع الى بغداد، فسافر الى كربلاءِ أوشرط عليه ان لايتاجر بالحنطة فتاجر بها ثم باعها من غير ربح ولاخسارة ، وفقد المال فاشترى به القطن مثلا؟ احتمالان .

وان كان مقتضى القاعدة التفصيل بين ارادته عدم ذلك اطلاقاً فيكون الضمان اوعدم ذلك عند التجارة بالمال بقصد المضاربة في الجملة فلا ضمان، فان العقود تتبع القصود .

ثم الظاهر ان مخالفة المالك توجب الضمان، سواء كان الشرط من شئون المال كالتجارة بالجنس الفلاني، أوخارجاً عنها كاشتراط ان يقرأ القرآن كل صباح ، وذلك لاطلاق ادلة الشرط ، وما ذكره المستمسك من الانصراف عن الخارج مع تسليمه بأن شمول الشرط لكلا القسمين هو مقتضى اطلاق بعض النصوص، والكلمات ، محل منع.

مسألـة ــ ٦ ــ لا يجوز للعامل خلط رأس المال مع مال آخر لنفسه أو غيره الا مع اذن المالك عموماً . كأن يقول : اعمل بــه حسب ما تراه مصلحة ان كان هناك مصلحة أوخصوصاً

(مسألة ــ٦ــ لا) بأس بان يعمل العامل في المال مختلف التقلبات التي يلزمها التجارة فـ(يجوز للعامل خلط رأس المال مع مال آخر) وذلك لانه من انماء التجارة التي يعملها التجار سواء كان ذلك المال (لنفسه أو غيره)أقل أو اكثر، أومساوياً لرأس المال (الامع) نهى المالك، ونهيــه يكون على الاقسام الثلاثةمصباً أوقيداً أوشرطاً، كما تقدم.

وعليه فلا يحتاج الى (اذن المالك) بالخلط، خلافاً لمن جعل الاصل عدم الجواز الامع الاذن كالشرائع والمسالك وغيرهما ، وتبــعهم المصنـف وعلله اولهما بأنه تصرف غير مشروع، وثانيــهما بانه امانة لايجوز خلطها كالوديعة، وظاهر المصنف تعليله بأنه لااذن، وقربه المستمسك بمادل على حرمة التصرف في مال احد الا بأذنه ، فان لم يكن اذن في التصرف عام أوخاص حرم، وفي الكل مالا يخفى، اذ المتعارف في التجارة الاطلاق الا ماخرج حاله حال سائر الخصوصيات ، حيث لايلزم الاذن فيها .

وكيف كان، فـ(اذن المالك عموماً ،كأن يقول : اعمل به حسب ما تراه مصلحة ان كان هناك) في الخلط (مصلحة) والا فليس هذا العموم يشمل الخلط (أوخصوصاً) كأن يقول : يجوز لك خلطه بغيره .

فلو خلط بدون الاذن ضمن التلف الا ان المضاربة باقية والربح بين المالين على النسبة.

(فلو خلط بدون الاذن ضمن التلف) لعموم على اليد والروايات الخاصة المتقدمة (الا ان المضاربة باقية) كما نص عليه المسالك والجواهر وغيرهما، لما تقدم من الروايات الدالة على كون الربح بينهما، وان خالف الشرط .

(والربح بين المالين على النسبة) ومما تقدم يعلم انه يجوز جعل البنوك الاموال التي يأخذها بعنوان المضاربة فيتاجر بها ويعطي نسبة الربح المقررة في أخير السنة لكل مالك اعطاه المال، مثلا : أخذ من احدهم عشرة ، ومن الثاني عشرين، ومن الثالث ثلاثين، ومن الرابع أربعين، وجعل هو مائة ، فاذا ربح الجميع مائة ، كان نصيب كل واحد نصف قدر ماله ، والنصف الآخر لصاحب البنك، لكن لايخفى انه يلزم ان لاتكون النسبة اجحافاً، لانه ممنوع شرعاً، كما، فصلناه في كتاب (الفقه ـ الاقتصاد) ولايهم بعد ذلك ان اشترى بكل المائتين الغنم، أواشترى بالبعض ذلك وبالبعض الحنطة والكتب وغيرهما وقد كان ربح البعض يختلف عن ربح البعض الاخر، مثلا: ربح الغنم عشرون في المائة، والحنطة مائة في مائة وهكذا فان الاموال بعد الخلط صارت شركة لكل مالك فيه بالنسبة.

ومنه يعلم ان الحكم كذلك اذا ربح في صفقة ، وخسر في اخرى ، ولم يخسر ولم يربح في ثالثه .

مسألـة ـ ٧ ـ مع اطلاق العقد يجوز للعامل التصرف على حسب ما يراه من حيث البائع والمشترى، ونوع الجنس المشترى لكن لايجوز له ان يسافر من دون اذن المالك الا اذا كان هناك متعارف ينصرف اليه

(مسألة ـ٧ـ مع اطلاق العقد يجوز للعامل التصرف على حسب ما يراه) بلا اشكال ولا خلاف لاطلاق الادلة بعد اطلاق الاذن (من حيث البائع والمشترى ونوع الجنس المشترى) والزمان والمكان والخصوصية (لكن) يجب ان يكون كل ذلك حسب الموازين العرفية الذي يشمله العقد ولو بالارتكاز .

فـ (لا) يحق له التصرف الخارج عن المتعارف، مما لايشمله العقد، ولذا الذى ذكرناه من الاطلاق (يجوز له ان يسافر من دون اذن المالك) لتعارف سفر التجار، اما ما ذكره القواعد وغيره من انه ليس للعامل ان يسافر الا بأذن المالك بل في جامع المقاصد هو مذهب علمائنا فلا يظهر له وجه معتد به الا انه تغرير بالمال، وانه غير مشمول للعقد، كما علله بهما جامع المقاصد، وكلاهما ليس كلياً والا فقد يكون البقاء في البلد كذلك لاضطرابات في البلد ليست في خارجه ومن هنا يقوى ان مراد المانع تلك الصورة بالنظر الى الأسفار البعيدة السابقة حيث الطريق غير آمن، ولعله لما ذكرناه من عدم كلية التغرير ونحوه اهمل ذكر هذا الشرط الشرائع وغيره ولذا قال في المستمسك: لافرق بين السفر والحضر في الجواز مالم يكن قرينة موجبة للانصراف عنه .

وكيف كان ، فالاصل الاطلاق (الا اذا كان هناك متعارف ينـصرف اليـه

الاطلاق و ان خالف فسافر فعلي ما مر فى المسألة المتقدمة

الاطلاق) اذ اللازم اتباع القصد الذى صب العقد لابدائه ولذا لو كان المنصرف عدم فعل شيء يجعل التجارة خطراً من جهة اللص، أوالحرق ، أو الغرق أوما اشبه، كان اللازم تقيد العامل به، الا اذا كانت التجارة في مصب ذلك، مثل ان يضاربه للاتجار بالبحر .

(و) كيف كان، فـ(ان خالف) فيما كان ظاهره عدم السفر (فسافر فعلى ما مر في المسألة المتقدمة) يكون الربح بينهما على ماذكروا وذلك لاطلاق بعض النصوص المتقدمة ، وفي الحال الحاضر حيث التأمين متعارف اذا لم يؤمن فى الاسفار الخطرة بل وفي الحضر فيما كان محظوراً كالمعامل المعرضة للانفجار فالظاهر الضمان لتعارف التأمين فى البلاد التي يتعارف فيها التأمين .

نعم يكون الربح بينهما على ماتقدم، والى ماتقدم أشار ابن العم فى تعليقته بأنه يجوز السفر الا ان يكون نادراً ينصرف عنه الاطلاق.

ويعلم مما تقدم ان اللازم على العامل اتباع اقل الامرين خطراً والا كان ضامناً، كما اذا كان الامر فوضى داخل المدينة وخارجها، لكن خطر الداخل اكثر لوحدة المعيار في أصل الخطر وزيادة الخطر نعم لو كان الخطر ان متساويين فقدم احدهما فلا ضمان للاصل.

مسألة ـ ٨ ـ مع اطلاق العقد وعدم الاذن فى البيع نسيئة لا يجوز له ذلك الا ان يكون متعارفا ينصرف اليه الاطلاق ولو خالف فى غير مورد الانصراف

(مسألة ـ٨ـ مع اطلاق العقد) يجوز البيع نسيئة لتعارف ذلك فى الكسب، وعدم لزوم التغرير من ذلك الا فى بعض الاحيان، كما ان البيع نقداً احياناً خلاف المصلحة ايضاً .

(و) من ذلك يعرف ان قول المصنف مع (عدم الاذن في البيع نسيئة لايجوز له ذلك) غير ظاهر الوجه، وان قال القواعد والتذكرة بعدم جوازه، لما فيه من التغرير بالمال، وتبعه في ذلك المسالك، بل نقله مفتاح الكرامة عن الشيخ، وجملة كبيرة من الاصحاب .

(الا ان يكون متعارفاً ينصرف اليه الاطلاق) كان الاولى ان يقول: لاينصرف عنه الاطلاق، اذ الاطلاق شامل ، الا ان ينصرف، لان الاطلاق لايشمل الا ان ينصرف .

ومما تقدم يظهر الكلام في الاقسام الستة ، اي البيع والشراء نسيئة وسلفاً ونقداً، فكلما كان خلاف الاطلاق لم يفعله ، كما ان للنسيئة والسلف مراتب، مثلا: بيعه نقداً بدينار، ونسيئة بدينارين، والثاني اقرب الى ارادة المالك المركوزة عند عقد المضاربة، مما أوجب انصراف العقد اليه ، وكذلك بالنسبة الى مدة الزمان ومكان التسليم وغير ذلك، ولما ذكرناه ذهب غير واحد من المتأخرين الى الجواز اذا لم يكن تغرير، تبعاً للمحكي عن المختلف وغيره .

(ولو خالف في غير مورد الانصراف) (في) بيان لـ(خالف) اذ مورد الانصراف

فان استوفى الثمن قبل اطلاع المالك فهو وان اطلع المالك قبل الاستيفاء ، فان امضى فهو

لامخالفةفيه، فمقتضى القاعدة صحة المعاملة، و كون الربح بينهما، وان كان ضامناً لماتقدم من الروايات الدالة على ذلك الشاملة للمقام اطلاقاً أومناطاً، ولذاقال في الجواهر: ان الصحة في المقام اولى منها في صورة المخالفة الصريحة التي هي مورد النصوص ، بل يمكن القول بشمول بعض النصوص للجميع ، وقدتبع الجواهر فى ماذكره جملة من المعاصرين .

ومنه يعلم الاشكال فى ماذكره ابن العم فى تعليقه بقوله: البيع باطل الااذا اجاز المالك ،كما يعلم الاشكال في تفصيل المصنف حيث قال : (فان استوفى الثمن قبل اطلاع المالك فهو) و كأنه لان المركوز من شرط النقد ان لايتلف المال والحال انه لم يتلف حينئذ، لكن لايخفى ان عليه لافرق بين استيفاء الثمن قبل اطلاع المالك أو بعده .

ولذا قال المستمسك: على تقدير الفرق (اى بين المقام والمقام السابق) لم يكن وجه لقوله: [فان استوفى الثمن قبل اطلاع المالك فهو] وكان اللازم ان يقول: اذا استوفى الثمن قبل اطلاع المالك راجع المالك فان اجاز فهو، والارده على المشترى لبطلان المعاملة ، اذ الموجب للبطلان عدم الاذن من دون فرق بين اطلاع المالك قبل الاستيفاء ، وبين الاستيفاء قبل اطلاع المالك ـ انتهى .

ولعل المصنف نظر الى ان الاستيفاء يوجب رضى المالك طبعاً فلاحاجة له الى الفسخ، لكنه كلام خارجي لايرتبط بالقاعدة الشرعية الجارية فى المقام .

(وان اطلع المالك قبل الاستيفاء، فان امضى فهو) لانه فضولي قدامضاه من له

والا فالبيع باطل وله الرجوع على كل من العامل والمشترى مع عدم وجود المال عنده ،

الامضاءوالفسخ، وهل يقول المصنف بأن الربح خاص بالمالك، لانه وفق القاعدة، أو مشترك للروايات السابقة ؟ أما اذا قال الثاني : اشكل عليه بأن شمول تلك الروايات للمقام يوجب عدم فضولية المعاملة والا (فالبيع باطل) لانه وقع على مال المالك من دون اذن ولااجازة، وكأنه لذاقال الشرائع: ولوخالف لم يمض الامع اجازة المالك وتبعه العلامة فى التذكرة والقواعد ، لكن عن الشيخ فى المبسوط انه بطل، ولعل مراده بدون الاجازة، اذلاوجه للبطلان مع الاجازة مع انه يقول بصحة الفضولي .

(وله الرجوع) اذالم يجزالبيع (على كل من العامل والمشتري) ممن العين في يده، لانه اذا كانت العين موجودة لاحق للمالك في غير عينه .

نعم اذا لم يتمكن من الرجوع الى المشتري الذى العين بيده لغيبة، أوعدم معرفة أوجور أوماشبه رجع الى البائع بالمثل أوالقيمة من باب بدل الحيلولة، لقاعدة اليد، أما اذا كانت العين بيد المشتري وامكن الرجوع اليه، فالظاهر ان له الرجوع الى العامل، حيث ان كون يده عليه يجعله ضامناً، فليرجع العامل الى المشتري وبعد اخذها منه يرجعها الى المالك .

فقوله : (مع عدم وجود المال عنده) الذي ذكره المصنف قيداً لقوله : (والمشترى) انماذكره لبيان الامر الطبيعي الذى يكون بأخذ المالك ماله، حيث وجده والافمقتضى القاعدة ان المالك مخيرفى الرجوع الى أيهما شاء اذا أمكنه اخذها من ايهما ، وفى الرجوع الى احدهما اذا لم يمكنه اخذها الامن ذاك أخذ عين أو أخذ بدل .

أو عند مشترى آخر منه فان رجع على المشترى بالمثل أو القيمة لايرجع هو على العامل

(أوعند مشتري آخرمنه) اى من المشترى الاول، ولماذكرناه كان المحكى عن المبسوط والتذكرة والقواعد والتحرير وجامع المقاصد وغيرهم ان للمالك الرجوع الى من شاء واذا كان المالك انرجع الى المشتري اعطاه العين، أما اذا رجع الى العامل لم يتمكن العامل من استرداد العين من المشتري، فهل للمالك الرجوع الى العامل وأخذ البدل منه؟ احتمالان من قاعدة تعاقب الايدى المستفادة من (على اليد مااخذت) ومن انماله موجود وهوقادر على تحصيله فلاوجه لرجوعه الى المثل والقيمة، ولايبعد الثاني ان لم يكن للمالك محذور فى الرجوع الى المشترى .

(فان رجع على المشتري بالمثل أوالقيمة لايرجع هو) اى المشترى (على العامل) وذلك لحكم تعاقب الايدى، حيث يرجع السابق على اللاحق، ولايرجع اللاحق على السابق، اذاللاحق يعطي مال الغير الذي فى يده لصاحبه، ولاوجه لرجوعه الى السابق، فان المشترى لم يسلم الى العامل الثمن ، حسب ماذكره المصنف: ان اطلاع المالك قبل الاستيفاء.

أما السابق فحيث ليس المال في يده وانما فى يد اللاحق كان عليه ان يرجع الى اللاحق لاخذ العين من يد اللاحق، لاعطائها الى المالك هذا بالنسبة الى العين، اما بالنسبة الى القيمة بعد الاستيفاء، فالامر بالعكس، فاذا أخذ المثل أو القيمة من العامل لايرجع الى المشترى ،حيث انه اعطى العين للمشتري واخذ منه قيمتها فيسلم القيمة الى المالك اما ان اخذ المالك المثل أو القيمة من المشتري رجع المشترى الى

الا ان يكون مغروراً من قبله وكانت القيمة أزيد من الثمن، فانه حينئذ يرجع بتلك الزيادة عليه وان رجع على العامل يرجع هو على المشترى بماغرم الا ان يكون مغروراً منه وكان الثمن أقل

العامل لاسترداد ماأعطاه له، اذلايعطى المشترى قيمتين، قيمة للعامل وقيمة للمالك .

(الا ان يكون مغروراً من قبله) بأن كان المشترى مغروراً عن العامل، فانه يرجع الى العامل لان المغرور يرجع الى من غره .

(وكانت القيمة أزيد من الثمن، فانه) اى المشترى (حينئذ يرجع بتلك الزيادة عليه) اى على العامل ، فاذا اشترى المشترى المتاع من العامل بمائة، فقد يرجع المالك اليه بمائة، وقد يرجع بمائة وعشرة، وقد يرجع بتسعين، فان رجع بمائة لم يكن له شيء، وكذا ان رجع بتسعين، أما ان رجع بمائة وعشرة حق للمشترى ان يرجع الى العامل بالعشرة، لان العامل خدعه، حيث اعطاه المتاع بمائة، فلم يدخل المشترى الا بضمان مائة، فاذا أخذ المالك منه عشرة أزيد، كان له ان يأخذها من العامل .

(وان رجع) المالك (على العامل يرجع هو على المشترى بماغرم) مساوياً اوأقل، فان المالك اذا اخذ من العامل أقل من مائة (قيمة ماباعه للمشترى) لايحق للعامل ان يأخذ من المشترى تمام المائة، اذ المتاع انتقل من المالك الى المشترى وقيمته تسعون مثلا لامائة .

(الا ان يكون) المشترى (مغروراً منه) اى من العامل (وكان الثمن أقل) بان باعه بتسعين ، والحال انه يسوى مائة ، وقد أخذ المالك من العامل مائة .

فانه يرجع بمقدار الثمن

(فانه)أى العامل (يرجع) على المشتري (بمقدار) المجعول : التسعين- في المثال ـ الذي هو (الثمن) المجعول ،أما العشرة الاخرى فلايرجع العامل الى المشترى بها ، لان العامل قد غر المشتري بالنسبة الـى العشرة ، حيث دخـل المشتري على ان الثمن تسعون لامائة .

وبذلك ظهر ان صور المسألةستة :لان المالك امان يرجع الى المشترى أو الى العامل ، وعلى كل حال، أما ان يرجع بالاقل من الثمن ، أو بالاكثر منه ، أو بالمساوى ، ثم في صورتى الزياده والنقيصة أما ان يكون غرور أولا وأحكام الكل تعرف مما ذكرناه فلا حاجة الى التفصيل .

مسألة ــ ٩ ــ في صورة اطلاق العقد لايجوزله ان يشترى بأزيد من قيمة المثل كما انه لايجوز ان يبيع بأقل من قيمة المثل والا بطل

(مسألة ــ ٩ ــ في صورة اطلاق العقد) المنصرف الى التعارف (لا يجوز له ان يشترى بأزيد من قيمة المثل) بدون سبب عقلائي وذلك لانه غير مأذون له في ذلك ، وان لم يكن تضييعاً للمال، لانه احسان الى البائع المستحق للاحسان مثلا ، فقولهم انه تضييع ناظر الى الغالب ، وقد صرح بالمنع عن الاشتراء كذلك جماعة من الفقهاء .

(كما أنه لايجوز ان يبيع بأقل من قيمة المثل) الا في مثل الاستثناء المتقدم ودليل المستثنى منه والمستثنى كما تقدم ، وقد يمنع عن البيع بقيمة المثل ايضاً اذا كانت المصلحة في التأخير حتى يبيع بأكثر ، أو يبيع بمن يشترى بأكثر في نفس الوقت ، كما قد يتفق ، وليس ذلك اجحافاً وتغريراً .

(والا) بان اشترى بأزيد ، أو باع بأقل (بطل) لانه بيع واشتراء غير مأذون فيهما ، لكن يرد عليه أولا: انه لاوجه للبطلان، وانما يكون الامر فضوليا اللهم الا ان يقال : ان مراد المصنف والساكتين عليه من المعلقين هو ذلك . كما احتملنا في كلام المبسوط في المسألة السابقة ذلك .

وثانياً : ان الامر بالبيع والاشتراء بقيمة المثل لايزيد على كونه كالشرط لانه من باب الانصراف ، وقد تقدم ان تخلف الشرط لايوجب البطلان ، وانما الضمان ويشتركان في الربح .

قال في القواعد : العامل كالوكيل في تنفيذ تصرفه بالغبطة، فليس له التصرف بالغبن ، ولا بالنسيئة بيعاً ولا شراءاً ، الا مع عموم الاذن ، كما فعل ماشئت أو

نعم اذا اقتضت المصلحة أحد الامرين لا بأس به.

خصوصه ، فان فعل لامعه وقف على الاجازة ، والاقرب انه يضمن القيمة،لانه لم يفت بالبيع أكثر منها، ولاينحفظ بتركه سواها وزيادة الثمن حصلت بتفريطه فلا يضمنها .

وقال في مفتاح الكرامة: لايقع البيع باطلا عند القائلين بجواز العقد الفضولي فان أجازه المالك نفذ والابطل ، لكن عن التذكرة عن بعض علمائنا ان البيع صحيح فيما اذا باع بدون ثمن المثل، وان لم يجزه المالك، وان العامل يضمن النقص ، وان ضرر المالك ينجبر بضمان النقص .

(نعم اذا اقتضت المصلحة أحد الامرين لابأس به) كما عن المختلف وجماعة من المتأخرين، لان الاذن موجود مع المصلحة، الااذا صرح بعدم الاذن ولكن في الجواهر تخصيصه بما اذاكان متعارفاً، وكأنه بعدم دخول النادر في الاطلاق والارتكاز بدون الاطلاق لاينفع .

ومنه يعلم ، عدم ورود ايراد المستمسك عليه ، حيث قال : الانصراف عن النادر ممنوع ، والاطلاق محكم . اذ المصلحة وان كانت داعية الى المضاربة ، لكن لاتلازم بين الاطلاق والمصلحة .

مسألة ــ ١٠ ــ لايجب في صورة الاطلاق ان يبيع بالنقد ، بل يجوز ان يبيع الجنس بجنس آخر وقيل : بعدم جواز البيع الا بالنقد المتعارف ولاوجه له الا اذا كان جنساً لارغبة للناس فيه غالباً .

(مسألة ــ ١٠ ــ لايجب في صورة الاطلاق أن يبيع بالنقد ، بل يجوز أن يبيع الجنس بجنس آخر) قال في القواعد : والاقرب ان له ان يبيع بالعرض مع الغبطة ، وتبعه في ذلك المسالك وغيره وذلك للاطلاق والمصلحة، ومنهما يعرف جواز تبديله بالحق كحق التحجير أو بالخدمة ، كأن يعطى الخياط المال ليخيط له الثياب وهكذا ، فان حصر دائرة المضاربة في أضيق من المضاربات العرفية غير ظاهر الوجه .

(وقيل :) والقائل الشرائع وغيره (بعدم جواز البيع الا بالنقد المتعارف) وكأنه للانصراف ، حيث الاطلاق (ولاوجه له الا اذا كان) الجنس (جنساً لارغبة للناس فيه غالباً) حيث ان الاطلاق لايشمله ، لكن لابد من تقييده بما في المستمسك بأنه اذا كان فيه مصلحة ايضاً فلابأس عملا باطلاق المعاملة، وعليه فقوله : عملا باطلاق الاذن محل نظر ، الا ان يريد بالاذن المعاملة .

ومما تقدم ظهر ان من أضاف الى (النقد) كلمة (البلد) فقال : (بنقد البلد) محل اشكال ، وحيث ان المعيار الاطلاق المنصرف الى المتعارف ، فاذا كان البيع بالنقد ، أو بنقد البلد غير متعارف للمخطر ، كما في بعض الاحيان لتبديل النقد من قبل الدولة ، أو لامر آخر ، كان اللازم البيع بالعرض ، أو بنقد غير البلد .

مسألة - ١١ - لايجوز شراء المعيب الا اذا اقتضت المصلحة ولو اتفق فله الرد او الارش على ما تقتضيه المصلحة.

(مسألة -١١- لايجوز شراء المعيب الاذا اقتضت المصلحة ،) وذلك لان الاطلاق لايشمل المستثنى منه ، والمراد بعدم الجواز عدم النفوذ ، لانه حينئذ يقع فضولياً، كما تقدم الكلام في مثله، فان كان عالماً بأنه معيب واشتراه فالبيع فضولي ، ولاخيار له في الرد ونحوه ، لانه من جانبه مقدم ، كمالو كان مالكاً بنفسه .

نعم الخيار للمالك ،وقد ذكرنا في (كتاب المكاسب) ان اشتراء الوكيل المعيب ، أوبأكثر من ثمن المثل على أربعة أقسام : لان المالك والوكيل ، أما عالمان ، أوجاهلان ، أوهذا عالم دون ذاك ، أوبالعكس .

(ولو) كان جاهلا و(اتفق) الشراء (فله الرد أو الارش على ماتقتضيه المصلحة) وان كانا متساويين تخير ، ولايخفى ان فتوى المصنف وغيره بعدم اشتراء المعيب الامع المصلحة من باب الغالب بأن المعيب لايرغب فيه ، والا فلا وجه لجعل عدم الاشتراء أصلا ، والمصلحة استثناءاً، لانهما في عرض واحد ، وما كانا في عرض واحد لم يجعل احدهما استثناءاً عن الاخر فلا يقال : جاء القوم الانصفهم بل اللازم ان يقال . جاء نصف القوم فقط - مثلا - .

ومن الكلام في المسألة التاسعة وهذه المسألة ظهر الكلام في بعض الخيارات الاخر ، مثل ان يشتري مالم يره ، حيث خيار الرؤية الى غير ذلك .

مسألة ــ ١٢ ــ المشهور على ما قيل ان فى صورة الاطلاق يجب ان يشترى بعين المال ، فلايجوز الشراء فى الذمة وبعبارة اخرى يجب ان يكون الثمن شخصياً من مال المالك لا كليا فى الذمة والظاهر انه يلحق به الكلى فى المعين أيضاً وعلل ذلك بأنه القدر المتيقن

(مسألة ــ١٢ــ المشهور على ما قيل :) وفى الحدائق انه صرح بذلك جملة من الاصحاب (انفى صورة الاطلاق) للمضاربة (يجب ان يشترى بعين المال، فلايجوز الشراء فى الذمة ،) كما ذكره الشرائع والقواعد والتحرير ، وتبعهم غيرهم ، بل هو المحكى عن المبسوط ايضاً .

(وبعبارة اخرى يجب أن يكون الثمن شخصياً) لاكلياً (من مال المالك ، لا كلياً فى الذمة،) فى قبال ماقاله .

(والظاهر أنه يلحق به) اي بالشراء بعين المال الشراء بـ (الكلى فى المعين أيضاً،) لانه نوع من الشراء بعين مال المالك فانه لافرق بين ان يقول: اشتري بهذا الدينار كتابك، أواشترى بدينار من هذه العشرة، بل وكذا الكسر المشاع وتظهر الثمرة بين المشاع والكلى فى المعين فى صورة التلف،فلو اشترى ببعض العشرة كان كل تلف لبعض يخرج من كيسهما بالنسبة ، أما اذا اشترى بدينار من العشرة لم يتلف مال الطرف ، ولو تلف تسعة ، كما ذكروا فى اطنان القصب، حيث يحترق بعضها .

(وعلل ذلك) اى المنع (بأنه) اى الشراء بالعين (القدر المتيقن) من المضاربة

وأيضاً الشراء في الذمة قديؤدي الي وجوب دفع غيره ، كما اذا تلف رأس المال قبل الوفاء ، ولعل المالك غير راض بذلك وأيضاً اذا اشترى بكلي في الذمة لايصدق على الربح انه ربح مال المضاربة ولايخفى مافي هذه العلل

فلايجوز للعامل التخطيء منه، والا كان فضولياً توقف على اجازة المالك ـ كما تقدم مثله ـ.

(وأيضاً) علل كما في المسالك وغيره بأن (الشراء في الذمة قد يؤدي الى وجوب دفـع غيره ، كما اذا تلف رأس المال قبل الوفاء ، ولعل المالك غير راض بذلك) وربما يقرر هذا الدليل هكذا بأنه ان تلف رأس المال فان اداه العامل لم يكن مضاربة لانوالعمل في المضاربة من العامل وان المال من المالك ان اريد اداء المالك فربما لايؤده فيبطل البيع، فأمره دائر بين عدم المضاربة وبين بطلان اصل المعاملة .

(وايضاً اذا اشترى بكلي في الذمة لايصدق على الربح انه ربح مال المضاربة) اذهو ربح مافي الذمة ، فان الربح وليد العين الخارجي ، ومافي قبالها ، اي ما في الدمةفلا ربط له بمال المضاربة ولذا قديربح قبل اعطاء العامل المال للطرف فكيف يكون الربح ربح المال ، واذا لم يكن الربح متعلقاً بمال المضاربة لم يرتب عليه اثر المضاربة .

هذا (و) لكن (لايخفى مافي هذه العلل) من الاشكال اذ يرد على اولها :ان القدر المتيقن انما يكون مع الاجمال لامع الاطلاق ، والمفروض ان المضاربة

والاقوى كما هو المتعارف جواز الشراء في الذمة والدفع من رأس المال

مطلقة فلامورد فيها للاخذ حسب القدر المتيقن .

وعلى ثانيها: ان الدليل اخص من المدعى فنقول: لعل المالك راض بذلك اولعل المال لم يتلف ، اوالنقض بما اذا كانت المعاملة نقداً و تلف المال قبل اعطائه .

وعلى ثالثها : انه يصدق ان الربح للمال اذا ادى المال تطبيقاً للكلي في الذمة كما يصدق فيما اذا اشترى انسان لنفسه شيئاً في الذمة ثم اداه من ماله الخارجي ان الربح لهذا المال الخارجي .

(و) على هذا (الاقوى كما هو المتعارف) عند العمال في المضاربات (جواز الشراء في الذمة والدفع من رأس المال) وقد قال الرياض: يمكن تنزيل كلام الاصحاب بما اذالم يكن الغالب والمتعارف الشراء في الذمة ، وان كان ربما يرد عليه ، ان كلام المسالك الذي ذكر بعض الاشكالات المتقدمة اب عن التنزيل المذكور .

وفي الجواهر احتمل ارادة الاصحاب من المنع صورة الشراء في الدمة مع ارادة الرجوع اليه بغير مال المضاربة، ويرد عليه مثل ماورد على الرياض واستظهر السيد البروجردي أمراً ثالثاً فقال الظاهر ان مرادهم بذلك ان شرائه على ذمة المالك لايصح بنفسه حتى يثبت به شيء في ذمته ، ويلزم بتأديته من غير مال المضاربة ان تعذر ادائه منه ،لان شرائه في الذمة وتأديته من مال المضاربة غير جائز ، كما فهمه الماتن ، وقوى خلافه .

ثم انهم لم يتعرضوا لبيعــه ومقتضى ماذكروه وجوب كون المبيع ايضاً شخصياً لاكليا ثم الدفع من الاجناس التى عنده ، والاقوى فيه ايضاً جواز كونه كليا وان لم يكن فى المتعارف مثل الشراء ثم ان الشراء

وفيه :ان ذلك خلاف ظاهر كلماتهم، كمالايخفى على من راجع المسالك ومفتاح الكرامة وغيرهما، ولذاالذى ذكرنا مــن أجوبة الاستدلالات المذكورة للمنع تردد غير واحد منهم فى المنع،اما المعاصرون ومن اشبه فقد ذهبوا الى الصحة الا النادر منهم .

(ثم انهم لم يتعرضوا لبيعه) في قبال المثمن الكلى ، و لعل المصنف أراد الغالب منهم، والا فاطلاق كلام بعض ، وتصريح بعض يشمل البيع ايضاً.

(و) كيف كان فـ (مقتضى ما ذكروه) من الاستدلالات للزوم كون الثمن شخصياً(وجوب كون المبيع ايضاً شخصياً لا كلياً) فان الربح لايصدق عليه انه ربحه الى غير ذلك ، وعليه لايصح كون المبيع كلياً .

(ثم الدفع من الاجناس التى عنده ، و) عليه فـ (الاقوى فيه) اي في المبيع (ايضاً جواز كونه كلياً) وذلك لاطلاق المضاربة بعد عدم ورود اشكال عليه، ولتعارف ذلك ، وان قال المصنف :(وان لم يكن في المتعارف مثل الشراء) فانه وان سلم عدم التعارف بتلك المنزلة ، لكن ليس ذلك يجعله نادراً بحيث لايشمله الاطلاق.

وكيف ، كان فالكلام فــي كلــي الثمن والمثمن ، جار فى كلى سائــر

في الذمةيتصور على وجوه :

احدها : ان يشترى العامل بقصد المالك وفى ذمته من حيث المضاربة.

الثاني : ان يقصد كون الثمن في ذمته من حيث انه عامل و وكيل عن المالك ويرجع الى الاول

المعاملات التجارية التي يجريها العامل بعنوان المضاربة كالاجارة والمزارعة والمساقات والرهن وغيرها اذ قدعرفت في بعض المسائل السابقةصحة كل ذلك مضاربة ، بل ذكرنا انها جارية فـي مثل الحقوق لجريان الحكم بعد تحقق الموضوع .

(ثم ان الشراء في الذمة يتصور على وجوه :

أحدها : ان يشترى العامل بقصد المالك) فيكون المبيع للمالك (وفـى ذمته) اى ثمنه في ذمةالمالك (من حيث المضاربة) فيكون المبيع موردالمضاربة وتفرغ ذمة المالك من الثمن الكلي بالمال الشخصي المعين للمضاربة و هذا صحيح ان كان للمضاربة اطلاق يشمل ذلك .

(الثاني : ان يقصد) العامل (كون الثمن في ذمته) اى ذمة نفس العامل ، لكن لامن حيث انفرد غير المالك ، بل .

(من حيث انه عامل ووكيل عن المالك) فيجعل ذمـة نفسه ذمة المالك ، كالوكيل الذى يجعل يده يد الموكل .

(ويرجع) هذا الثانى (الى الاول) اذ فى كليهما تشتغل ذمة المالك لكن،

وحكمهما الصحة وكون الربح مشتركا بينهما على ماذكرنا واذا فرض تلف مال المضاربة قبل الوفاء كان فى ذمة المالك يؤدى من ماله الاخر

فى الاول تشتغل ذمته بنفسه، وفى الثانى بوكيله (وحكمهما) الاول والثاني (الصحة) لشمول ادلة المضاربة لهما .

(وكون الربح مشتركا بينهما على ماذكرنا) من صحة المضاربة فى الكلى (واذا فرض تلف مال المضاربة قبل الوفاء كان) بدله (فى ذمة المالك يؤدى من ماله الاخر) الذى لم يجعله فى صدد المضاربة .

اما صحة المضاربة كذلك بأن يجعل الثمن فى ذمة المالك ـ ابتداءاً أو بواسطة ذمة العامل ـ فلان المالك اذن له فى الشراء كذلك ، او اجازه بعد الاطلاع عليه ، والا كان الشراء باطلا ، لانه من الفضولى بدون الاجازة كما صرح بذلك السيد البروجردى وبعض آخر من المعلقين ، واما انه يؤديه المالك من مال آخر ، فاللازم ان يقال له صورتان :

الاولى : ان يجعل العامل الثمن فى ذمة المالك بدون اشتراط ادائه من مال المضاربة، وحينئذ ان اداه من مال المضاربة ـ بفرض عدم التلف ـ صار مضاربة و ان اداه المالك من مال آخر لم يصر مضاربة ، سواء تلف مال المضاربة أم لا ؟

الثانية : الاولى مع اشتراط ادائه من مال المضاربة ، فاذا اداه المالك من مال آخر لم يكن مضاربة ، سواء تلف مال المضاربة ام لا ؟ وان تلف مال المضاربة ، فان لم يرفع اليد عن شرطه بطلت المعاملة ، لان المشروط عدم عند

الثالث : أن يقصد ذمة نفسه ، وكان قصده الشراء لنفسه ، ولم يقصد الوفاء حين الشراء من مال المضاربة ثم دفع منه وعلى هذا الشراء صحيح ويكون غاصبا فى دفع مال المضاربة من غير اذن المالك

عدم شرطه ، وان رفع اليد واداه المالك من مال آخر ، فمقتضى القاعدة بطلانه مضاربة ، كما اشار الى ذلك جملة من المعلقين ، اذ لاوجه لان يقوم مال آخر للمالك مقام مال المضاربة الذى فرض تلفه ، وان كان المحكى عن المبسوط. وقال به الجواهر : انه يكون من مال القراض للاطلاق ، اذ فيه ما ذكره المستمسك من ان الاطلاق من حيث كون الشراء في الذمة ، أوفي العين لا يلازم الاطلاق من حيث كون الاداء من مال المضاربة وغيره ، وقال السيد البروجردى: لايكون بذلك مال المضاربة مع تلف المال السابق ، بل يحتاج الى عقد جديد مع استجماع شرائطها.

(الثالث: ان يقصد ذمة نفسه، وكان قصده الشراء لنفسه، ولم يقصد الوفاء حين الشراء من مال المضاربة ثم دفع) حين الوفاء (منه) اى من مال المضاربة.

(وعلى هذا الشراء صحيح) لتمامية أركان المعاملة (ويكون غاصباً في دفع مال المضاربة من غير اذن المالك) فان المالك اعطاه المال للتجارة ، لا لان يؤدى به قرض نفسه، وانما كان اذن المالك كافياً، لان الحق لايعدوهما ، فاذا اذن المالك كفى ، وعليه فاذا اذن له بدون بدل كان هبة وبطل عقد القراض كلا ان كان الاذن في الكل وبعضاً ان كان الاذن في البعض ، فاذا اعطاه مالا آخر كان قراضاً جديداً، واذا اذن له ببدل كان البدل الذي يضعه العامل مكان

الا اذا كان مأذونا في الاستقراض وقصد مال القرض .

الرابع :كذلك مع قصد دفع الثمن من مال المضاربة حين الشراء حتى يكون الربح له فقصد نفسه حيلة منه وعليه يمكن الحكم بصحة الشراء

مال القراض متعلق القراض .

(الا اذا كان مأذوناً في الاستقراض وقصد مال القرض) بأن اخذه قرضاً وكان ينبغي له استثناء ما اذا قصد الشراء من نفسه للمالك بمال المضاربة، فيكون اشتراءان اشتراء العين بنفسه في ذمته ، واشتراء العين للمالك من نفسه كما نبه عليه المستمسك، وعلى الاول يكون الربح له، وعلى الثاني الربح بينهما، لوضوح ان الاول لايرتبط بالمضاربة بخلاف الثاني .

(الرابع: كذلك) اي مثل الثالث بأن يقصد ذمة نفسه وكان قصده الشراء لنفسه (مع قصد دفع الثمن من مال المضاربة حين الشراء،) وانما قصد كون الشراء لنفسه (حتى يكون الربح له) لكن حيث لم يكن له مال لدفع الثمن قصد دفعه من مال المضاربة -مثلا- (فقصد نفسه حيلة منه) بأن يربح بسبب مال الناس كالغاصب الذي يشتري لنفسه ويقصد دفع الثمن من مال الناس.

(وعليه يمكن الحكم بصحة الشراء) مطلقاً ويمكن القول ببطلانه -لما يأتي من المعلقين- لكن اللازم التفصيل بين ماذا كان بيع البائع للعامل بشرط وفائه من مال نفسه، فالبيع يكون صحيحاً اذا رفع المالك يده عن شرطه والا كان باطلا، وما اذا كان بيع البائع على نحو التقييد فالبيع باطل، لان المقيد عدم عند عدم قيده، وماذا كان بيع البائع بدون شرط ولاقيد، فالبيع صحيح

وان كان عاصيا فى التصرف فى مال المضاربة من غير اذن المالك وضامنا لـــه بل وضامنا للبائع ايضا ، حيث ان الوفاءِ بمال الغير غير صحيح ، ويحتمـــل القول ببطلان الشراء لان رضـــى البائع مقيد بدفع الثمن ، والمفروض ان الدفع بمال الغير غير صحيح فهو بمنزلة السرقة ، كما ورد فى بعض الاخبار ان من استقرض ولم يكن قاصداً للاداءِ فهو سارق

وانما يجبر العامل بدفع مال نفسه ثمناً، فاذا لم يمكن جبره كان حكمه حكم سائر من اشترى شيئاً ولم يرد اعطاء الثمن .

وكيف كان (وان كان عاصياً في التصرف في مال المضاربة من غير اذن المالك وضامناً له) لان المالك لم يأذن له في مثل هذا التصرف (بل وضامناً للبائع ايضاً، حيث ان الوفاء بمال الغير غير صحيح) فلا وفاء ويكون ممن منع البائع ثمنه، لكن لايبعد سقوط حق البائع ان علم بذلك ولم يهتم به حيث انه ممن يريد وصول المال بيده، ولو كان غصباً فهو اسقاط من البائع لحقه.

(ويحتمل القول ببطلان الشراء لان رضى البائع مقيد بدفع الثمن والمفروض ان الدفع بمال الغير غير صحيح) واذا لم يدفع الثمن، ـ لان مال الغير لايصلح ثمناً ـ بطل البيع ، لان المقيد عدم عند عدم قيده.

(فهو بمنزلة السرقة، كما ورد في بعض الأخبار ان من استقرض ولم يكن قاصداً للاداء فهو سارق،) ومنه يعلم ان اشكالي المستمسك على المصنف غير وارد، فانه اشكل اولا بضعف احتمال البطلان ، لان النقص في الشراء ان كان

ويحتمل صحة الشراء وكون قصده لنفسه لغواً . بعد أن كان بنائه الدفع من مال المضاربة فان البيع وان كان بقصد نفسه وكليا فى ذمته الا انه ينصب على هذا الذى يدفعه ، فكان البيع وقع عليه

لاجل نية عدم اداء الثمن فأمر لم يقل به احد ، ولا دليل عليه، وان كان لاجل دفع مال الغير الراجع الى عدم دفع الثمن شرعاً ، فهو ايضاً لم يقل به أحد، ولادليل عليه، وفيه: انه لم يدفع الثمن، فأن مال الغير لايكون ثمناً، فاذا فرض ان البيع وقع مقيداً بدفع الثمن لم يكن وجه للصحة ـ وهذا هو مفروض كلام الماتن ـ .

وثانياً: بأن مافي المقام ليس من باب عدم نية الدفع، بل من باب نية دفع ماليس ملكاً له شرعاً، وفيه ان المصنف أراد التنظير لفهم المناط، ولذا قال:(بمنزلة) فأن كلا من القرض بدون ارادة الأداء والاشتراء بدون ارادة الأداء نوع من السرقة عرفاً ، وقد قرره الشارع في القرض ، فالمقام مثله ، ولذا يقال لكليهما لماذا لم ترد مال الناس ، وقد قرر غالب المعلقين كلام المصنف ، حيث سكتوا عليه .

(ويحتمل صحة الشراء وكون قصده لنفسه لغواً) فيكون من المضاربة و الربح لهما (بعد أن كان بنائه الدفع من مال المضاربة،) وجه الصحة ما ذكره بقوله (فان البيع وان كان بقصد نفسه وكلياً في ذمته الا انه) حيث قصد دفع الثمن من مال المضاربة (ينصب على هذا) المال (الذي يدفعه، فكان البيع وقع عليه،) لكن هذا الاحتمال ضعيف جداً ، فان العقود تتبع القصود ، والقصد المعاملي الكلي، فلا وجه لانصباب المعاملة على الخارج ،فهو مثل عقد المعاملة

والاوفق بالقواعد الوجه الاول وبالاحتياط الثانى واضعف الوجود الثالث وان لم يستبعده الاقا البهبهانى.

الخامس : ان يقصد الشراء فى ذمته من غير التفات الى نفسه وغيره ، وعليه ايضــا يكون المبيع له

على العين الخارجية مع قصده اعطاء غيره للطرف، فان ذلك القصد الخارج عن القصد المعاملي لايجعل المعاملة في الذمة ، ولذا أشكل عليه المستمسك، وعدم تعامل العرف مع هذا الانسان، حيث يريد الاعطاء من ما ليـس ماله لا يوجب تقيد البيع بمال الناس ، وانما العرف لايتعامل فراراً عن المحذور .

(والاوفق بالقواعد الوجه الاول) وقد تقدم الاوفق بالقواعد وانه التفصيل الذي ذكرناه .

(و بالاحتياط الثانى) فالاحوط ان يرفـع الأطراف الثلاثـة اليد عن المعاملة .

(وأضعف الوجود الثالث) لما عرفت من انه خلاف القواعد (وان لم يستبعده الاقا) الوحيد (البهبهانى) رحمه الله وقد حاول بعض المعلقين توجيهه بما لايخلو عن اشكال فراجع .

(الخامس : ان يقصد الشراء فى ذمته من غير التفات الى نفسه وغيره ، و عليه ايضاً يكون المبيع له) لان كون ذمته نيابية عن المالك ، خلاف القاعدة لايكون الابالقصد، فاذا لم يكن قصد كانت الذمة لنفسه فيدخل المبيع فى كيسه بعد ان يكون البدل لنفسه .

واذا دفعه من مال المضاربة يكون عاصياولو اختلف البائع والعامل في ان الشراء كان لنفسه أو لغيره، وهو المالك المضارب يقدم قول البائع لظاهر الحال

(واذا دفعه من مال المضاربة يكون عاصياً) حيث انه دفع مال الغيربدون اذنه وبذلك يكون ضامناً ايضاً .

(ولو اختلف) المالك والعامل في انه اشترى لنفسه او للمالك كان المقدم قول العامل ، لانه اخبر بنيته وان كانت هناك قرائن على كلام المالك ، كما اذا كان في دكان المالك ووكيله العام في تجاراته وقد تاجر للمالك بمثل تلك التجارة مرات وكان ربح المعاملة كثيراً بحيث يحتمل احتمالا قريباً ان الربح اغراه فادعى انه اشترى لنفسه اذ كل تلك لاتوجب العلم ولاتكون حجة وليس للمالك عليه الاحق الحلف ، ولو اختلف المالك والبائع فقال البائع : اشتراه العامل لك، وقال المالك : بل اشتراه لنفسه ، ولم يكن العامل موجوداً ، كان الاصل مع المالك لانه ادعاء عليه ، والاصل عدمه الاذا أقام المدعى الدليل ولو انعكس بأن قال البائع . اشتراه العامل لنفسه وقال المالك : بل اشتراه لى ، كان على المالك اقامة الحجة ، لانه المدعى الذى اذاترك ترك .

ولو اختلف (البائع والعامل فى أن الشراء كان لنفسه) فاللازم ان يدفع العامل البدل (أولغيره، وهو المالك المضارب) فالعامل برىء ، بل اللازم اعطاء المالك البدل (يقدم قول البائع لظاهر الحال) اذ ظاهر كل انسان ان يكون عامل لنفسه و الالملك كل متعامل ان يقول: اشتريت لغيرى .

ولو فضوله مما يوجب بطلان البيع اذا لم يقبل ذاك الانسان بالمعاملة قيل يدل

فيلزم بالثمن من ماله، وليس له ارجاع البائع الى المالك المضارب

على حجية هذا الظاهر اصالة الصحة ، لانه لو اشترى لغيره بطل ،لكن الاولى الاستدلال له ، بانه المتعارف الذى لم يظهر من الشارع خلافه ، وبالتعليل فى قوله عليه السلام لما قام للمسلمين سوق[1]، ولذا قال الشرائع ولو اشترى فى الذمة لامعه ولم يذكر المالك تعلق الثمن بذمته ظاهراً ـ انتهى .

وعلى هذا يقدم قول البائع، سواء كان هناك ظهور حال ام لا؟.

(فيلزم بالثمن من ماله ، وليس له ارجاع البائع ، الى المالك المضارب) ويعلم مما تقدم حال مالو اختلف المالكان الشريكان فى المضاربة ، فقال احدهما انه اشتراه العامل لهما، وقال الآخر: بل اشتراه لنفسه ، ومالو اختلف العاملان ، حيث اجريا صفقة واحدة ، فقال احدهما: ان المعاملة كان لانفسهما وقال الآخر : انها كانت للمضاربة ومالو اختلف البايعان صفقة فى فقال احدهما باعها للعامل وقال الآخر للمضاربة اما خصوصيات النزاع فالكلام فيها فى كتاب القضاء.

---

(١) الوسائل : ج ١٨ ص ٢١٥ ح ٢ الباب ٢٥ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى .

مسألة ـ ١٣ ـ يجب على العامل بعد تحقق عقد المضاربة مايعتاد بالنسبةاليه والى تلك التجارة فى مثل ذلك المكان والزمان من العمل وتولى مايتولاه التاجرلنفسه من عرض القماش والنشر والطى وقبض الثمن وايداعه فى الصندوق ونحوذلك مما هو اللائق والمتعارف

(مسألة ـ١٣ـ) يجب على العامل بعد تحقق عقدالمضاربة) ان يعمل حسب (مايعتاد بالنسبة اليه والى تلك التجارة) والى المالك وانهايجب ذلك لانه المنصرف من المضاربة فان لكل من الملاك والعمال والتجارات شئوناً خاصة فاذاكان المالك رجلافقيهاً مثلا لم يناسب لهان يتعامل عامله فى الاشياء المكروهة الخسيسة فانه يسبب ذهاب ماء وجهه و انحطاط سمعته فتعامله المضاربى لايشمل مثل ذلك ، وهكذا بالنسبة الى العامل ، وبالنسبة الى التجارة .

(في مثل ذلك المكان والزمان من العمل وتولي مايتولاه التاجر لنفسه) فاذا كانت التجارة لنفسه كيف كان يعمل لزم عليه ان يعمل كذلك فيما كانت التجارة للمالك بمال المضاربة، لكن ذلك اذاكان عمل الانسان لنفسه ولغيره على حد سواء ـ كماهو الغالب ـ لاما اذاكان بينهما فرق اذ اللازم عليه حينئذ ان يعمل كعامل لا كتاجر، لانه المنصرف (من عرض القماش والنشر والطي وقبض الثمن وايداعه في الصندوق) والذهاب به الى البنك في ماكان يتعارف ذلك خوفاً من السرقة، فاذا لم يفعل ذلك وسرق كان ضامناً .

(ونحوذلك مماهو اللائق والمتعارف) بالنسبة الى مختلف المعاملات، اذ

ويجوز له استيجار من يكون المتعارف استيجاره، مثل الدلال و الحمال والوزان والكيال وغير ذلك ويعطى الاجرة من الوسط ولو استأجر فيما يتعارف مباشرته بنفسه فالاجرة من ماله ولو تولى بنفسه مايعتاد الاستيجار له، فالظاهر جواز أخذ الاجرة ان لم يقصد التبرع

ليس كل مضاربة مرتبطة بالاقمشة، بل قدتكون نجارة، أو حدادة، أوعطارة، أو بقالة أو غيرها .

ثم اللازم ان يكون اللائق والمتعارف بحيث يكون العقد منصرفاً عن غيره، والافليس كل لائق ومتعارف لازم العمل به.

(ويجوز له استيجار من يكون المتعارف استيجاره، مثل الدلال والحمال والوزان والكيال) والمساح والعداد (وغير ذلك) مثل الصانع والمحاسب والمدير والخبير، بل ومثل المحامي في الازمنة الحاضرة، حيث لابد للتجار من ذلك لنجدتهم في حال الشكاية عليهم .

(ويعطي) لكل اولئك (الاجرة من الوسط) اي بالنسبة فعليه الثلث، وعلى المالك الثلثان اذاكانت نسبة الارباح كذلك، اى ان هذا هو النتيجة، حيث لافرق بين ان يؤخذ ماذكر أولا، ثم يقسم الربح، او بالنسبة بعد التقسيم .

(ولو استأجر فيما يتعارف مباشرته بنفسه فالاجرة من ماله) لعدم شمول العقد له، ولو اختلفا في انه يتعارف العمل بنفسه املا؟ فالمرجع قوانين الدعوى .

(ولو تولى) العامل (بنفسه مايعتاد الاستيجار له، فالظاهر جواز أخذ الاجرة ان لم يقصد التبرع) فانه اذاقصد التبرع فقد أهدر عمله بتبرعه، فلاحق له في أخذ

وربما يقال بعدم الجواز وفيه انه مناف لقاعدة احترام عمل المسلم

الاجرة ، كما انه لو أعطى الحمال ونحوه من كيسه بدون قصد الرجوع لم يكن له حق الرجوع .

(وربما يقال بعدم الجواز) كما عن المبسوط، وفي الشرائع وفي المسالك نسبته الى اطلاق المصنف والجماعة ، وكأن وجهه انصراف الاطلاق من مثله، ولذا اذا سافر جماعة قسطوا المصارف بينهم فأخذ أحدهم حمالا لنقل الاثاث ونحوه اعطوه من الوسط، أما اذا حمله بنفسه لم يكن له شيء، وان لم يقصد التبرع اذ قصده وعدم قصده لا يؤثر في ضمانهم .

(وفيه انه مناف لقاعدة احترام عمل المسلم) كما علله به في الجواهر، وكأنه (١) اراد بضميمة طلب المضارب ذلك ، اذ بدون الطلب لا وجه لاستحقاقه على المالك، بل الاصل برائته اذا لم يوجب عمل العامل زيادة في الشيء، فهنا ثلاثة امور :

الاول: ان يعمل العامل بدون طلب ولا زيادة في الشيء وفيه لا يستحق العامل شيئاً، لانه قد أهدر عمله بنفسه، وان كان عمله يوجب رفع كلفة عن المالك ، كما اذا حمل الحمال بضاعة المالك ونقلها الى داره، فان ذلك لا يوجب اجرة على المالك، وان كان لولا عمل الحمال لكان المالك دفع اجرة للحمال على هذا النقل لانه مقصد المالك، الا ان كون الشيء مقصداً للمالك لا يوجب اجرة عليه اذا لم يطلب المالك ذلك .

---

(١) الوسائل : ج ١٩ ص ٣ الباب ١ من القصاص في النفس ح ٣ والمستدرك : ج ٣ ص ٢١٥ باب نوادر الشهادات ح ٥ .

....

الثاني: ان يطلب المالك بدون تصريح منه أو ماشبه التصريح ، بانه يريد العمل مجاناً، فان في المقام يجب ان يعطي الاجرة لاحترام عمل غير الكافر الحربى الذى يستوفاه المالك، وقولهم: (المسلم) من باب المثال ، كما ان قولهم: حمل فعل المسلم على الصحة، ذكرهم المسلم من باب المثال، والا فيحمل عمل الكافر ايضاً على الصحة في غير ماخرج بالدليل، فاذا رأينا كافراً يعاشر امرأة، أو يبيع شيئاً اوماشبه ذلك حملنا فعله على انه زوجته، وانه ماله، ولافرق فى لزوم الاجرة عليه بين ان تزيد البضاعة قيمة أو تنقص، أو لاتزيد ولاتنقص ، كما اذا كان نقل البضاعة الى المحل الفلاني يوجب احد الثلاثة وفي باب المضاربة حيث ان المالك يتعامل مع العامل حسب الموازين يكون العامل اذا فعل الفعل اللازم بنفسه مستحقاً للاجرة اذا لم يقصد التبرع بعمله .

الثالث: ان يفعل العامل شيئاً يوجب الزيادة، وان لم يأمره المالك، فانه بقدر الزيادة يكون شريكاً ، كما اذا صبغ الثوب بما رفع قيمته عشرة، فان العشرة تكون للعامل اذا كانت العشرة قيمة الزيادة، أما اذا ارتفع كلاهما بعمل العامل، فالظاهر ملاحظة النسبة، مثلا: كان المفتاح بدون القفل خمسة، والقفل بدون المفتاح عشرة وكلاهما معاً ثلاثين، فاذا صنع العامل مفتاحاً للقفل وبيعا بالثلاثين. كان لصاحب القفل عشرون ، ولصاحب المفتاح عشرة.

لايقال: يلزم ان يكون الزائد، اى كل العشرين لصاحب المفتاح، لانه لولا مفتاحه لم يكن لصاحب القفل الاعشرة ؟

لانه يقال : ولولا قفل صاحب القفل لم يكن لصاحب المفتاح الاخمسة،

فالانضمام المرتبط بكليهما سبب رفع قيمة كل منهما الى الضعف . نعم قد يستشكل استحقاق العامل شيئاً، وان زادت القيمة فيما اذا كانت القيمة سوقية ، كما اذا نقل الحمال متاع انسان الى محل أوجب زيادة قيمته، لان السوق هناك أغلى، حيث فيه احتمالان، استحقاق الحمال، لانه زاد القيمة فيشمله لايتوى حق امرء مسلم (١) وعدم استحقاقه للاصل بعد ان كونه حقاً «وهو الموضوع» محل اشكال ، فحاله حال ما اذا كان القارى يقرأ القرآن جهراً لتعلم منه العبد ، حيث زادت قيمته، فان القارى لايشترك فى قيمة العبد، اذ لايسمى ذلك حقاً عرفاً، وكذلك اذا أضاء الجار مصباحه مما اوجب زيادة اجرة غرفة جاره، فان صاحب المصباح لايستحق شيئاً على الجار للاصل بعد عدم عد ذلك حقاً .

ومما تقدم يظهر ان عمل العامل ان كان مشمولا للعقد. أو كان سبباً للزيادة من القسم المذكور فى الثاني استحق الاجرة، والا كان الاصل عدم استحقاقه، وان كان من المذكور في القسم الثالث، وحيث ان الغالب فى الملاك ارادة العمل من غير فرق فى نظرهم بين ان يقوم به المالك، أو يستأجر انسانا آخر، كان اللازم ان العامل اذا عمل عمل الحمال كان له الاجرة .

ومنه يعلم، ان قول المستمسك وفي المقام ربما لايكون الا اذن في الاتجار ولو الزمه على نحو العموم ومنها استيجار من جرت العادة باستيجاره لحمل الاثقال، لكن عموم ذلك لنفسه غير ظاهر ، اذ من المحتمل ان يكون المراد

---

(١) المستدرك : ج/٣ ص ٢١٥ باب نوادر الشهادات ح/٥ .

المفروض عدم وجوبه عليه

ان لا يتحمل العامل خسارة الأجرة، فلا يشمل الفرض ـانتهى .

غير ظاهر الوجه بعد كون الارتكاز الموجب لشمول العقد لعمل العامل ايضاً يقتضي الاطلاق .

(المفروض عدم وجوبه عليه) وقد يرد عليه حتى ان العمل اذا كان واجباً مما يكون نفعه للغير ، ولو بدون طلب من ذلك الغير يكون أجر العامل على ذلك الغير، فان الطبيب اذا عالج المشرف على الموت ولو بدون اذنه: بل و نهيه ايضاً، كان له عليه اجرته مع ان العلاج واجب لانه يشمله لايتوى حق امريء مسلم،[1] وكذا اذا صرف المال في اطفاء حريق داره مما يعلم عدم جواز ابقائها تحترق، لانه اسراف منهى عنه،وقد قال سبحانه: «ولا تؤتوا السفهاء أموالكم»[2] مما يفهم منه وجوب الرعايــة للاموال وان اراد صاحب المال اتلافه، وكذا اذا ألقى انــسان نفسه في البحر بقصد ان يغرق ، فان الواجب على من يقدر انقاذه، واذا صرف المال في ذلك كان له حق استيفائه، لقاعدة لايتوى ، الى غير ذلك من الامثلة .

ومنه يظهر وجه النظر في كلام المصنف، كما يظهر وجه النظر في كلام المستمسك، حيث خصص ذلك بالطلب قال: فان المريض اذا طلب من الطبيب

---

(١) المستدرك : ج/٣ ص ٢١٥ باب نوادر الشهادات ح/

(٢) سورة النساء الآية/٥ .

. . . .

المعالجة ضمن الاجرة، وان كانت المعالجة واجبة عليه، كما يظهر وجه النظر في كلامه المتفرع على ذلك بقوله: والاستيفاء لعمل العامل في باب المضاربة في مقابل الحصة من الربح لاغير، فاثبات شيء آخر يحتاج الى دليل ـ انتهى.

اذ الشيء الاخر في قبال عمل آخر وهو مالا يرتبط بالعامل ـ كما عرفت وجهه ـ .

مسألــة ــ ١٤ ــ قد مرأنه لايجوز للعامـــل السفر من دون اذن المالك ومعه فنفقته فى السفر من رأس المال الا اذا اشترط المالك كونها على نفسه

(مسألة ــ١٤ــ قد مر أنه) يلـزم على العامل ان يعمل في التـجارة حسب المتعارف المنصرف اليه اطلاق المعاملة من السفر وعدمه فاحتمال انه(لايجوز للعامل السفر من دون اذن المالك،)خاص بما اذا لم يكن اطلاق (ومعه فنفقته في السفر من رأس المال).

وهذا هو المشهور بينهم ، كما صرح بذلك التذكرة وجامع المقاصد و مجمع البرهان، بل عن الخلاف عليه اجماع الفرقة واخبارهم، ووجه ذلك انه مشمول لاطلاق المعاملة، حيث ان السفر من شئونها، والظاهر انه لا فرق بين السفر اللازم واقعاً ، أوظاهراً للاطلاق المذكور، فلو كان تربـح التجارة في كل عام في الحج ربحاً حسناً وسافر في هذه السنة بذلك القصد ، لكن اتفق منع الحجاج بما لم يربح لم يضر ذلك بأن نفقة سفره على رأس المال لماتقدم من الإطلاق، ولما دل على ان الضرر ليـس على العامل مع ان الغالب كون الضرر ناشئاًعن جهل العامل بحيث لو كان علم بالواقع لم يجز له الاتجار الضار وكان الضرر حينئذ على العامل مع العلم والعمل .

(الا اذا اشترط المالك كونـها على نفسه) اي نفس العامل للمالك ، أو اشترط العامل كونها على نفس المالك، حيث ان كلا الشرطين ليس مخالفاً

وعن بعضهم كونها على نفسه والظاهران مراده فيما اذا لم يشترط كونها من الاصل وربما يقال له تفاوت مابين الحضر والسفر والاقوى

لمقتضى العقد ولا للكتاب والسنة ، فيشمله دليل: المؤمنون عند شروطهم[1] كما لايخفى .

(وعن بعضهم) وهو المبسوط (كونها على نفسه) أي نفس العامل مطلقاً ، واستدل له بأن العامل دخل على ان له سهماً معلوماً من الربح فلا يستحق سواه ، وقد لايربح من المال اكثر من النفقة .

(والظاهر) من كلام المبسوط انه على العامل (أن مراده فيما اذا لم يشترط كونها من الاصل) اذلا وجه لكونه على العامل مع هذا الشرط، خصوصاً و الاطلاقات تصب على الطبيعة من حيث هي بدون النظر الى العناوين الثانوية.

(وربما يقال:) والقائل الشيخ في محكى المبسوط على تقدير القول بالانفاق (له تفاوت مابين الحضر والسفر) أما قدر نفقة الحضر فهو على العامل .

(والاقوى) صحة كل الاقسام الستة من كونها من الربح، ومن الاصل ، وعلى المالك وعلى العامل، وتوزيعها بينهما بنسبة كالثلث والثلثين أوبالتفاوت كأن يقول المالك: مائة علي والباقي عليك ـ مثلاً ـ والفرق من الربح ، أومن الاصل ان في الاول يخرج من كيسهما، أما في الثاني فانه يخرج من كيس المالك فقط، فاذا فرض ان ربح العشرة خمسة ، وربح التسعة أربعة «كما قد

---

(١) المستدرك : ج/١ و ٣ ص ٤٣٧ الباب ٤ كتاب التجارة باب الخيارات ح/

جواز أخذهامن أصل المال بتمامها من مأكل ومشرب وملبس و مسكن ونحو ذلك ممايصدق عليه النفقة ففى صحيح على بن جعفر، عنأخيه ابىالحسن عليهمالسلام فى المضارب ماانفق فى سفره فهو من جميع المال، فاذا قدم بلده فما انفق فمن نصيبه

يتفق زيادة الربح في حال الاجتماع بينالواحد والتسعة» فأذا شرط كونالنفقة من الربح «والحال ان رأس المال عشرة» بقيت «أربعة» تقسم بينهما لكلاثنان «اذا كان لكل نصف الربح مثلا» واذا شرط كون النفقة من الاصل بقيت «ثلاثة» لان المال يأخذ عشرة ثم يقسمالربح بينهمافيكون نصيب العامل واحداً ونصفاً.

وكيف كان فاللازم القول بـ(جواز أخذها من أصل المال بتمامها) أما بالشرط، أوبالانصراف (من مأكل ومشرب وملبس ومسكن ونحو ذلك) من المركب وغيره (مما يصدق عليه النفقة) وحتىالزواج اذا اعتاد ذلك بأنشمله الاطلاق أو شرط نصاً، حيث يتعارف الزواج في الاسفار الطويلة متعة أودواماً وكذا استصحاب الزوجة الى غير ذلك.

(ففيصحيحعلي بنجعفر عن أخيه ابيالحسن عليهم السلام: فيالمضارب ما أنفق في سفره فهو من جميع المال، فاذا قدم بلده فما انفق) اي في البلد (فمن نصيبه)(١) والمراد بالبلد ماكان بعد انتهاء السفر عرفاً، اذربما تقف السيارة

---

(١) الوسائل: ج/١٣ ص ١٨٧ الباب ٦ من أبواب المضاربة ح/١ .

وأما في الحضر فليس لـه أن يأخذ من رأس المال شيئاً الا اذا اشترط على المالك ذلك.

في آخر المدينة، ممايضطر الى اكتراء سيارة اخرى لايصاله الى داره أومتجره وكذلك بالنسبة الى حال خروجه، فأن المؤخرة والمقدمة كلتيـهما من شئون السفر كما لايخفى.

ولو شك في شيء انـه من توابع السفر أم لا ؟ كان الاصل عدم أخذه من باب السفر، ونحو هذه الرواية غيرها، مثل رواية السكوني ومرسل الفقيه .

(وأما في الحضر فليـس له أن يأخذ من رأس المال شيئاً) بلا اشكال ولا خلاف، بل ادعى عليه الاجماع جماعة.

(الا اذا اشترط على المالك ذلك)فأنه يجوز له، لقاعدة الشرط، وينبـغي استثناء ماإذا كان متعارفاً بحيث يشمله اطلاق المعاملة كما في المدن الكبار، حيث الانتقال من المنزل الى المتجر ونحوه يحتاج الى اجارة السيارة أو ما أشبه .

ولو اختلفا في التـعارف وعدمه فالمرجع العرف، ولو اختلف العرف فهل يتساقطان ويكون الاصل عدم تحمل المالك ، لامن الاصل ولا من الربح، أومقتضى القاعدة التنصيف، لقاعدة العدل والانصاف؟ احتمالان.

مسألة ــ ١٥ ــ المراد بالنفقة مايحتاج اليه من مأكول وملبوس ومركوب وآلات يحتاج اليها في سفره واجرة المسكن ونحو ذلك وأما جوائزه وعطاياه وضيافاته ومصانعاته فعلى نفسه الا اذا كانت التجارة موقوفة عليها.

(مسألة ــ١٥ــ المراد بالنفقة) التي تؤخذ من الاصل، أوالربح ماتقدم في المسألة المتقدمة (مايحتاج اليه من مأكول وملبوس ومركوب وآلات يحتاج اليها في سفره) كالاواني والقرب ونحوها، فاذا كان كثير السفر لم يمنع ان يحتفظ بها في الحضر ايضاً، فلا حاجة الى ان يبيع دابته وآلاته اذا وصل الى البلد، بل احتفظ بها للسفر الاتي وهكذا أما اذا انتهى سفره كان اللازم بيعها لانتهاء الاحتياج السفري .

(واجرة المسكن ونحو ذلك) مثل نفقات الجواز في الأزمنة الحاضرة، لان كل ذلك يعد نفقة تشملها المعاملة .

(وأما جوائزه وعطاياه وضيافاته ومصانعاته فعلى نفسه) لانها ليست من نفقة السفر المحتاج اليها في سفر التجارة، فلا يشمله اطلاق المعاملة .

(الا اذا كانت التجارة موقوفة عليها) حيث ان البضاعة لايتمكن من اشترائها أو بيعها الا بالمصانعة والضيافة والهدية ونحوها، ولو كان الامر لاجل تعريف نفسه للتجار حتى يعرفوه ، ومن ذلك الاعلان في وسائل الاعلام في الحال الحاضر اذا ورد مدينة أوما أشبه .

ومنه يعلم، ان ذلك ليس خاصاً بالسفر، بل حال الحضر كذلك، أما اذا كان الربح متوقفاً على السفر المتوقف على المصانعة مثل انه اذا ورد البلد الفلاني كان

مضطراً للضيافة لكثرة معارفه ممايكون عدم ضيافته موجباً لخروجه عن الموازين الشرعية والعرفية، فهل ذلك من النفقة السفرية أم لا ؟ احتمالان ، وان كان الاقرب الاول، ولافرق في المصانعة المحللة ذاتاً كالضيافة للتجار ، أو المحرمة كذلك كالرشوة للظالم، حيث انها محرمة وان جازت للمعطي اضطراراً ، وكذلك المكوس الملازم لاستيراد، أو اصدار البضاعة .

وكيف كان، فلافرق بين نفقته بنفسه، أو نفقته لاجل التجارة، والمراد بالتوقف العرفي، لا الدقي العقلي لان المناط مايشمله اطلاق المعاملة وهو الاول لا الثاني، فقوله: (الموقوفة) يراد بها التوقف عرفاً .

مسألة ـ ١٦ ـ اللازم الاقتصار على القدر اللائق فلو اسرف حسب عليه نعم لوقتر على نفسه أوصار ضيفاً عندشخص لايحسب له.

(مسألة ـ ١٦ ـ اللازم) على العامل في نفقات السفر (الاقتصار على القدر اللائق) المتوسط عرفاً، لانه المشمول للاطلاق.

(فلو اسرف حسب عليه) كماصرح به غيرواحد، اذ الزائد عن القدر اللائق لايشمله الاطلاق، والاسراف يراد به الخروج عن اللائق، وان لم يكن اسرافاً شرعاً مثلا : اذا كان المتعارف لمثله ان يأكل اللحم كل اسبوع ثلاث مرات، فأكله أربع مرات لم يعد سرفاً، وان عد خروجاً عن اللائق .

ومنه يعلم لزوم مراعات اللائق بالنسبة الى مصارف الحضر التي هي من شئون التجارة ايضاً ، فان اعطاء الحمال أزيد احساناً ليس سرفاً، لكنه خلاف المتوسط المشمول لاطلاق العقد فيكون ضامناً، ثم لوفرض ان مصارف السفر يعادل مصارف الحضر أوكان أقل ، كما اذا كان في الحضر غلاء دون السفر لم يكن بأس بالسفر ولايأتى الكلام المتقدم في المسألة الرابعة عشرة، وانما ذكروا السفرفيما يتعارف من اكثرية مصارف السفر غالباً .

والحاصل: ان الميزان هناك وهنا التوسط، فالخارج عن التوسط ليس من الوسط، بل من كيس العامل بنفسه .

(نعم لوقتر على نفسه أوصار ضيفاً عند شخص لايحسب له) المقدار الزائد عن التقتير ، كماصرح به الجواهر والمستمسك وغيرهما، لان المشمول للاطلاق النفقة لامقدار النفقة ، كماذكروا مثل ذلك في كتاب الخمس، وانه واجب على الارباح بعد اخراج النفقة .

. . . .

نعم ، ينبغي ان يستثني من ذلك ما لو اكثر من المتعارف مرة وقتر مرة كان من الوسط ، كما لو أكل اللحم في اسبوع أربع مرات ، وفي اسبوع مرتين ، فان العرف يلاحظ المجموع ، فلا يقال انه لاحق له في اكثر من خمس مرات، حيث انالمرة الرابعة فيالاسبوع الاولتحسب علىنفسه، ومثله مالوقتر على نفسه قدر نصف الاكل، فاعطاه لضيفه أو كان شأنه ركوب سيارة متوسطةفركب هو وضيفه سيارة أقل مماجرتهما تساوياجرةنفسه فيالمتوسطة والوجه ان الامرعرفي، والعرف يرى شمول الاطلاق لمثل هذه الموارد.

مسألة ــ ١٧ ــ المراد من السفر العرفى لاالشرعى فيشمل السفر فرسخين أو ثلاثة كما انه اذا أقام فى بلد عشرة أيام او ازيد كان نفقته من رأس المال، لانه فى السفر عرفاً

نعم اذا قام بعد تمام العمل لغرض آخر مثل التفرج اولتحصيل مال له او

(مسألة ــ ١٧ ــ المراد من السفر) الوارد فى النص والفتوى (العرفى) لانه المنصرف عنه فى مثل المقام كانصرافه اليه فى مثل «فسافر ففي الاسفار خمس فوائد» ونحوه (لاالشرعي ،) لانه اصطلاح خاص لايصار اليه الافي مورده فليس للسفر حقيقة شرعية ولا متشرعية ، وانما دل الدليل عليه في القصر والافطار ، و كذلك الحال في كل مورد قيد الشارع موضوعاً عرفياً بقيد خاص ، فانه لا يتعدي منه الى غير مورده ، وقد نص على ما ذكرناه الشهيدان ، و الاردبيلي و السبزواري و صاحب الجواهر و غيرهم قدس الله اسرارهم .

(فيشمل السفر فرسخين أوثلاثة) كما يشمل العاصي بسفره، وغير القاصد وما أشبه ذلك ، مما ليس له حكم السفر في القصر والافطار كما انه اذافرض حكم الشارع بالسفر شرعاً ، لكن لم يصدق عليه السفر عرفاً كان المقام ايضاً تابعاً للعرف (كما) عرفت .

ومنه يعلم (انه اذا أقام في بلد عشرة أيام أو أزيد، كان نفقته من رأس المال لانه في السفر عرفاً)، وان كان عليه التمام والصيام.

(نعم اذا قام بعد تمام العمل لغرض آخر مثل التفرج أولتحصيل مال له أو

لغيره مما ليس متعلقاً بالتجارة فنفقته فى تلك المدة على نفسه وان كان مقامه لما يتعلق بالتجارة ولامر آخر بحيث يكون كل منهما علة مستقلة لولا الاخر فان كان الامر الاخر عارضاً فى البين فالظاهر جواز اخذ تمام النفقة من مال التجارة

لغيره مما ليس متعلقاً بالتجارة) كزيارة الاقرباء والاصدقاء (فنفقته في تلك المدة على نفسه ،) كما صرح به العلامة والشهيد الثاني وغيرهما .

نعم اذا مرض بسبب السفر فبقي للعلاج، كانت النفقة من الوسط ، لانه من شئون السفر ، أما اذا لم يكن المرض من شئون السفر، كما اذا كانت فيه مرة تهيج كل شهر في أوله فصادف ذلك حال كونه في السفر لم يعد من شئون السفر الذي على الوسط .

ومما تقدم يعلم انه لافرق في البقاء لغرض آخر بين الاول والوسط والاخير مثلا: سفره التجارى بحاجة الى أربعة أيام، فاذابقى خمسة أيام كان اليوم الزائد على نفسه، سواء تفرج في أول السفر أو وسطه أو أخيره، بأن لم يشتغل بالتجارة لاجل التفرج .

(وان كان مقامه لما يتعلق بالتجارة و لامر آخر بحيث يكون كل منهما علة مستقلة لولا الاخر) بان تكاسر افصارا علة واحدة لاستحالة توارد علتين مستقلتين على معلول واحد ـ كما حقق فى محله ـ .

(فان كان الامر الاخر عارضاً في البين) كمااذا سافر لاجل التجارة اسبوعاً فرأى من طيب الهواء هناك انه لولا التجارة بقى الاسبوع ايضاً (فالظاهر جواز اخذ تمام النفقة من مال التجارة) لدخوله في اطلاق الدليل ـ كمافى المستمسك

وان كانا فى عرض واحد ففيه وجوه ثالثها : التوزيع وهو الاحوط فى الجملة

ـ فان الدليل المتقدم في المسألة الرابعة عشرة ، بالاضافة الى اطلاق المضاربة يشمله .

فلا يقال: كيف اثر احدى العلتين فقط، مع انه خلاف العقل؟

اذ يقال: ان البقاء لهما، أما النفقة، فليست معلولة للبقاء، وانما للشرع والعرف وكلاهما ، على انها من وسط المال ، ولم يذكر المصنف عكس ذلك ، اي ما لو سافر لاجل التنزه مثلا ، وانما كانت التجارة عارضة ، لان مصب كلامه كان فى سفر التجارة، ومقتضى القاعدة عدم جواز أخذ النفقة من الوسط على تأمل في ذلك .

(وان كانا في عرض واحد) بان كان لكل واحد قوة العلة التامة للسفر، بحيث لولا الاخر سافر ايضاً (ففيه وجوه).

الاول: انها من مال التجارة للمصدق .

و الثاني : انها من كيسه ، لانصراف الادلة الى ما كان السفر لمحضض التجارة .

و(ثالثها : التوزيع) فنصف النفقة على التجارة، والنصف الاخر من كيسه ، لانه مقتضى انكسار العلتين ، و تقتضيه قاعدة العدل ، كما اذا سافر لتجارتين لنفرين ، حيث توزع النفقة بينهما ، وان كان كل تجارة مستقلة ، بحيث لو لم تكن الاخر كان سافر ايضاً .

(وهو الاحوط فى الجملة) اى من كون كل النفقة على المالك ، وجعله

وأحوط منه كون التمام على نفسه وان كانت العلـة مجموعهما بحيث يكون كل واحد جزءاً من الداعى فالظاهر التوزيع .

المسالك الاضعف، لان الادلة ان عمت اقتضت الاول والا اقتضت الثانى غير ظاهر الوجه، فان حال المقام حال السفر لاجل المضاربة من نفرين.

ومنه يظهر وجه قوله : (وأحوط منه كون التمام على نفسه) لانه لاشبهة فيه (وان كانت العلة مجموعهما بحيث يكون كل واحد جزءاً من الداعي فالظاهر التوزيع).

كما في الجواهر لما تقدم من انه المفهوم من العرف عندالاطلاق ، ومن الروايات السابقة، بالاضافة الى ما عرفت من قاعدة العدل .

ومما تقدم يظهر وجه النظر في جملة من كلمات الاعلام فى المقام.

مسألة ــ ١٨ ــ استحقاق النفقة مختص بالسفر المأذون فيه فلوسافر من غير اذن اوفى غير الجهة الماذون فيه، اومع التعدى عما اذن فيه ليس له ان يأخذ من مال التجارة.

(مسألة ـ ١٨ـ استحقاق النفقة مختص بالسفر المأذون فيه) من قبل المالك اما باذن خاص، أو بالاطلاق الشامل للسفر والحضر ـ كما هو الغالب ـ .

(فلو سافر من غير اذن) فليست نفقة السفر من المالك، أو الوسط، كما صرح به المسالك و الجواهر و غيرهما ، و ذلك لان الاذن و النص و الاطـلاق لا يشمل ذلك .

ومنه يعلم وجه قوله: (اوفى غير الجهة المأذون فيه، أومع التعدى عمااذن فيه) وان كان السفر في نفس تلك الجهة، كما اذا اذن له بالسفر بالسيارة فسافر بالطائرة، أوقال سافر فى شهر شوال، فسافر في رمضان الى غير ذلك والجامع عدم الاذن في السفر لفظاً او اطلاقاً.

ف(ليس له ان يأخذ من مال التجارة) ولافرق بين ان يزعم الشمول، فظهر عدم شموله ، وبين ان يعلم عدم الشمول فيخالف كمالافرق بين ان يربح أكثر مع المخالفة أم لا؟ وذلك لعدم شمول الدليل .

ومما تقدم يعلم، انه لوزعم عدم الشمول فظهر الشمول جاز له الاخذ ان لم ينو التبرع ، كما اذاكان يزعم ان له الاخذ ، وان لم يشمل الاطلاق ـ مثلا ـ .

مسألة ـ ١٩ ـ لو تعدد ارباب المال كأن يكون عاملا لاثنين او ازيد اوعاملا لنفسه وغيره توزع النفقة

(مسألة ـ١٩ـ لو تعدد أرباب المال كأن يكون عاملا لاثنين أوأزيد أوعاملا لنفسه وغيره) بأن جعل كل منهما مالا بعنوان رأس المال ، فيكون ربح مال نفسه لنفسه وربح مال المالك لهما بالنسبة (توزع النفقة ،) للسفر بينهما، كما ذكره غيرواحد ، وقال في المسالك : وجه التقسيط ظاهر ، لان السفر لاجلهما فنفقته عليهما، و كلامه ظاهر في مااذاكان المال لنفرين ، أوأكثر على نحو القراض وحيث يكون في المقارضة الواحدة النفقة على ذلك الواحدة يكون على الجميع في القراضات المتعددة ، وكذا اذاكان قراض وغيره كما اذا سافرلاجل التجارة لزيد قراضاً، و لعمرو قربة الى الله تعالى ، فاطلاق ان نفقة المضارب على مال المضاربة انها على سبيل التوزيع ، فلكل حصته .

أما اذا كان المال لنفسه وغيره ، فلان العرف يفهم من الاطلاق ذلك، لان التعامل بشيء مستلزم لكون لوازمه ايضاً مرتبط بذلك التعامل ، فيشمله الاطلاق بالمنسبة ، وبذلك يظهر ان كلا احتمالي عدم كون شيء علي المالك ـ لانصراف السفر الي ماكان للمضاربة بحتاً ، وفي المقام المضاربة جزء ـ وكون الكل على المالك لصدق كون العامل مضارباً فتكون نفقته على مال المضاربة فلاوجه للتوزيع ـ كما مال اليه المستمسك ـ غيرظاهر الوجه ، ولذا قال الجواهر : ان السفر لمالم يكن للقراض خاصة اتجه التوزيع المزبور ، لكن لايخفى ان ما ذكرناه من التوزيع في غيرالصورة التي تقدمت في المسألة السابعة عشرة من من قوله : (فان كان الامر الاخر عارضاً .. الخ) .

وهل هو على نسبة المالين او على نسبة العملين ؟ قولان :

(وهل هو) اي التوزيع (على نسبة المالين) فاذا كان لاحدهما عشرة وللاخر عشرون وزعت النفقة اثلاثاً (أوعلى نسبة العملين ؟) فاذا عمل لهذا يوماً ولذاك يوماً وزعت نصفين ، وان كانت نسبة المالين بالثلث والثلثين ، و هناك احتمال ثالث هو نسبة الربحين، فاذا ربح احدهما عشرة والاخر عشرين وزعت ثلاثا بدون ملاحظة المال ، والعمل ؟ احتمالات وان كان لهم :

(قولان) بدون ذكرهم الاحتمال الثالث، المبسوط ذهب الى الاول، وتبعه جامع المقاصد والمسالك وغيرهما قالوا، لان استحقاق النفقة في مال المضاربة منوط بالمال ، ولاينظر الى العمل ، فحيث ان النفقة لاجل مال انماء المضاربة كان اللازم توزيعها حسب المال ،وبعض المعلقين ذهب الى الثانى ، ووجهه ان النفقة انما يأخذها العامل لعمله، فاللازم التوزيع حسب العمل.

أما الاحتمال الثالث فلانه الذي يراه العرف ، فاذا ربح احدهما ديناراً ، والاخر عشرين ديناراً ، فليس من مقتضى العرف ان يؤخذ من كل نصف دينار وان كان العمل لهما متساوياً ، وكان المال متساوياً .

لايقال : في علم الاقتصاد يقولون : العمل ميزان الاستحقاق .

لانه يقال : هذا قول بعضهم ، وهو غير تام، بل هناك خمسة أشياء في مقابل المال ،كما ذكرناه في كتاب(الاقتصاد: الفقه)بل هنا ايضاً في قبال المال ،مثلا : نجاران قطعا من الغابة شجرين أحدهما أغلى من الاخر خشباً ،فان قاطع الاغلى يأخذ اكثر ، وان كان عملهما متساوياً .

. . . .

وكيف كان، فكون النفقة على نسبة العملين أقرب الى الموازين الاقتصادية وعلى نسبة الربحين أقرب الى الموازين الانصافية، وكونها على نسبة المالين فيه نوع من الضعف، لكن جمعاً من المعاصرين منهم ابن العم جعلوا الاحتياط برعاية أقل الامرين من القولين الذين ذكرهما المصنف .

مسألة ــ ٢٠ ــ لايشترط فى استحقاق النفقة ظهور ربح ، بل ينفق من اصل المال وان لم يحصل ربح اصلا نعم لوحصل الربح بعد هذا تحسب من الربح ، ويعطى المالك تمام رأس ماله ثم

(مسألة ـ ٢٠ ـ لايشترط في استحقاق النفقة ظهور ربح ، بل) ولا عدم خسارة ، ولو صرف من العين فـ (ينفق من أصل المال وان لم يحصل ربح أصلا) أو حصلت الخسارة ، ويحق للعامل ان يصرف من مال نفسه أو غيره ثم يأخذ ماصرف من المال ، وذلك لاطلاق النص والفتوى ، وانه مقتضى الجعل وعليه فاذا قال: النفقة من الربح توقفت علي الربح ، وان قال: من الاصل لم يتوقف على الربح ثم ان الشرط قد يكون من الاصل قبل الربح ، وقد يكون بعده ، وقد يكون من الربح ، وقد يكون من كليهما بالتنصيف أو بالنسبة ، فاذا كان الاصل عشرة والربح خمسة والنفقة ثلاثة ، كانت من كل من الاصل والربح واحد ونصف على الاول ، ومن الاصل اثنان ، ومن الربح واحد على النسبة ، والفرق بين كون النفقة من الاصل قبل الربح وبعده واضح ، ففي مثال عشرة وخمسة اذا اخذ ثلاثة النفقة قبل الاسترباح كان الربح «ثلاثة ونصف : نصف السبعة الباقية من الاصل» فالمجموع أصلا و ربحاً عشرة ونصف ، بينما اذا كان الشرط أخذها بعد الاسترباح ، كان الاصل والربح خمسة عشر ، واذا خرجت الثلاثة بقى اثني عشر ، ومن الواضح اختلاف حصتهما حسب اختلاف حصة الربح .

(نعم لو حصل الربح بعد هذا) الذي انفق على نفسه من الاصل (تحسب) النفقة (من الربح ، و) عليه (يعطي المالك تمام رأس ماله ثم) القدر الباقي بعد رأس المال ـ الذي هو الربح الصافي للتجارة ـ .

يقسم بينهما.

(يقسم بينهما) حسب المقرر ، ان بقي شيء، أما اذا لم يبق، كما اذا حصل على العشرة ثلاثة وكانت النفقة ثلاثة ، فانه لايبقى ربح بعد الثلاثة للنفقة كما هو واضح ، وبما ذكرناه يظهر بعض المآخذ على بعض الاطلاقات فراجع المسالك والرياض والجواهر .

هذا ولكن الغالب في المضاربات المشروطة بكون النفقة للعامل ان يتاجر العامل ويأخذ النفقة تدريجاً أو بعد العام ـ مثلا ـ يحسب ما عنده ، ويخرج رأس المال ويقسم الربح الباقي بينهما حسب النسبة المقررة ، وعليه لايحق لـه ان يأخذ كل النفقة من رأس المال أولا لان ذلك يؤثر في قلة الربح .

نعم له ان يؤخر الاخذ بأن يصرف من نفسه وبعد ذلك يأخذ ما صرفه ، و هذا وان سبب أكثرية الربح عن أخذه النفقة تدريجاً ، الا ان الظاهر المنصرف اليه اطلاق شرط أخذ النفقة ـ عرفاً ـ ان مزيد الربح الذي كان في قبال النفقة التي لم يأخذها تدريجاً ليس للعامل ، بل يحسب الربح كلا ويقسم بالنسبة .

مثلا : كان له ان يأخذ كل يوم ديناراً لاجل النفقة ، فاذا لم يأخذه هذا اليوم وتاجر به في ضمن رأس المال وربح نصف دينار فاخذ الدينار ليلا ليس له ان يأخذ ليلا ديناراً ونصفاً بحجة ان النصف ربح دينار ومصرفه الذي لم يأخذه في الصباح .

نعم اذا أخذ الدينار صباحاً بعنوان النفقة ، ثم اشترى مأكله نسيئة وبعد ذلك تاجر بالدينار لنفسه كان الربح له، لان حاله حينئذ حال ديناره الخارجي.

مسألة ــ ٢١ ــ لو مرض في اثناءِ السفر ، فان كان لم يمنعه من شغله فله اخذ النفقة وان منعه ليس له

(مسألة ــ ٢١ ــ لو مرض في أثناء السفر ، فان كان لم يمنعه من شغله فله أخذ النفقة) حسب الشرط ، لان المرض وعدمه حينئذ سواء ، فقد عمل العمل المقرر ، ولذا قال في الجواهر : بلا ريب . وقال في المستمسك : لا طلاق الادلة .

(وان منعه) منعاً كاملا ، وانما قلنا المنع الكامل ، لوضوح ان المنع غير الكامل لايوجب الا المنع من بعض النفقة حسب المنصرف عن الاطلاق ــ ان قلنا بأن المرض يمنع النفقة ــ مثلا كان اللازم ان يشتغل كل يوم ثمان ساعات وكانت نفقته كل يوم ديناراً فمرض مرضاً يمنعه كل يوم عن أربع ساعات، فان مقتضى المنصرف من الاطلاق ان يمنع من نصف النفقة لا كل النفقة ، ثم اللازم تقييد آخر، وهو ان كان الاطلاق ينصرف عن حال المرض ، أما اذا لم ينصرف كانت له النفقة ، كما اذا كان السفر يلازم المرض غالباً لانه سفر الى البلاد التي يتعارف فيها المرض ، وقد قرر بين المالك و العامل السفر الى هناك ــ مثلا ــ .

وبما تقدم يعلم ان المراد بالمرض أعم من كل شيء ، من هذا النوع الذى يمنع العمل، لا خصوص المرض المصطلح عليه، كما اذا كان له ضعف لايسمى مرضاً ، أو شرب المرقد فنام كثيراً أو ما أشبه ذلك، مما منع العمل ، وان لم يسم عرفاً بالمرض .

وكيف كان ، فان منعه المرض (ليس له) أخذ النفقة، كما ذكره الجواهر

وعلى الاول لايكون منها مايحتاج اليه للبرء من المرض

وغيره ، وعللوه بأن السفر في حال المرض المانع عن العمل ليس للتجارة ، و بعبارة اخرى المنصرف من اطلاق أخذه النفقة ما كان في حال العمل فاذا لم يكن في حال العمل لم تكن له النفقة . لان الكلام لم يشمله .

هذا ولكن اشكل عليه غير واحد أما مطلقاً ، أو في الجملة ، والاقرب ان الامراض العادية المتعارفة لاتمنع النفقة ، لان اطلاق كلامهما يشمله مثل سائر الموانع ، كما اذا منعه الحر أو البرد أو المطر أو العواصف أو ما اشبه ، فان المنع عن النفقة في هذه الامور العادية ، خلاف ظهور الاطلاق في العموم ، ولذا فاطلاق المستمسك في قبال اطلاق المصنف لايخلو عن نظر ايضاً ، قال ولازمه عدم النفقة مع طرو المانع عن العمل غير المرض اذا كان في مقام الزوال وهو كما ترى ـ انتهى .

اللهم الا اذا أراد منع الاطلاق ، كما قال بعض المعاصرين في اطلاقه نظر .

(وعلى الاول) الذي مرض بمالا يمنعه عن الشغل (لايكون منها) اي من النفقة التي يأخذها (ما يحتاج اليه للبرء من المرض) كما قاله المسالك وغيره معللا لهبانه لايتعلق بالتجارة، ولكن الظاهر ان نفقة البر المتعارف مشمول لاطلاق النفقة ، مثل المسكن والمأكل والمشرب، ووسائل الحر و البرد والحفظ وغيرها اذ كلها تسمى بالنفقة، ولذا قال في المستمسك : يشكل بأن المرض وان لم يكن للتجارة ، لكن السفر لها ، فاذا كانت مؤنة المرض من نفقات السفر كانت على المالك كغيرها من شئون النفقة .

ثم الظاهر ان من النفقة مالابد له ان يعطيه للظالم لاجل جواز السفر ونحوه ـ كما يتعارف في حال الحاضر ـ وكذا ما يعطيه للطرف الذي سبب اصطدام سيارته به عطبا لذاك، مما يلزمه الضمان اذا لم يكن بقصد وتفريط، وكان الاطلاق غير منصرف عنه .

والحاصل : اللازم ملاحظة سعة الاطلاق ـ عرفاً ـ وضيقه، ولو شك في شمول الاطلاق ، كان الاصل العدم ، لانه مصرف يخرج من كيس المالك الى العامل بنفسه ، أو لشئونه ، فاذا شك في تكليف المالك بذلك، كان الاصل العدم ولو تنازعا كان العامل مدعياً .

وكذلك لوا ختلفا في ان المجعول له جعل له من الاصل ، أو من الربح أو منهما بالنسبة ،اذ حاصل الدعوى ان المال هل يخرج من كيس المالك أم لا فالاصل عدم الخروج ، ولو سلم الخروج، لكن كان الكلام في خروج الازيد أو الاقل ، كان الاصل عدم الاول .

مسألة ـ٢٢ـ لو حصل الفسخ او الانفساخ في اثناء السفر فنفقة الرجوع على نفسه

(مسألة ـ٢٢ـ لوحصل الفسخ او الانفساخ في اثناء السفر فنفقة الرجوع على نفسه) على ماذكره غير واحد، وعن ظاهر المسالك انه لاخلاف فيه بيننا واستدلوا له بارتفاع المضاربة فيرتفع حكمها، ولا تشمله الروايات السابقة لظهورها في المضاربة الباقية، وفي المقام احتمالات اخر:

الاول: كون النفقة كالسابق لاطلاق النص وانصرافه الى صورة عدم الفسخ غير ظاهر بالاضافة الى انه استحق النفقة بالسفر ، والسفر بعد باق، فالحكم بالاستحقاق باق ايضاً.

الثاني: الفرق بين نفقة السفر ونفقة العامل، فالاولى على الاصل، والثانية على نفس العامل احتمله المستمسك قائلا: اللهم الا ان يقال النص لاينفيه (اى كون النفقة على اصل المال) والقاعدة تقتضيه، فالعمل بهامتعين في خصوص نفقة السفر، لانفقة العامل .

الثالث: الفرق بين ما اذا كان الفسخ بسبب العامل فلا نفقة، لانه أقدم على ذلك بعد عدم كون دليل النفقة شاملا لهذه الصورة، وبين ما اذا كان الفسخ لا من جهته ، فالنفقة على أصل المال ، اذلا وجه لتضرر العامل بما لم يقدم هو عليه .

الرابع: الرجوع الى قصد الطرفين عند هذا الشرط ، لان العقود تتبع القصود، فان كان قصدهما النفقة كانت لازمة على الاصل والا فلا لاصالةبرائة

بخلاف ماذا بقيت ولم تنفسخ فانها من مال المضاربة

المالك عن وجوب شيء عليه[1]، والمسألة بحاجة الى مزيد من التأمل .

أما قول المصنف: (بخلاف ما اذا بقيت ولم تنفسخ فانـها من مال المضاربة) فانه مستدرك ووجهه ما تقدم، ثم انه لوكان حين الفسخ نفقة السفر على العامل لاينفع في كون النفقة على المالك اشتـراط العامل لذلك في ضمن العقد ، اذ بالفسخ يبطل العقد وشرطه ايضاً يبطل ـ وان قلنا بلزوم الشرط في ضمن العقد الجائز ـ فان الشرط لازم الوفاء اذا كان عقد، فاذا انتفى كان من باب السالبة بانتفاء الموضوع .

لايقال: مقتضى القاعدة انها على المالك اذا كان العامل مغروراً بأن زعم ان النفقة عليه، وان حصل الفسخ، لقاعدة المغرور يرجع الى من غر[2] .

لانه يقال: عدم معرفة العامل بالمسألة لايوجب ضمان المالك، فهو كما اذا تصورت المرأة ان المتعة نفقتها على المتمتع فان ذلك لايوجب جريان قاعدة المغرور عليها . .

نعم اذا أراد العامل كون النفقة على المالك على اي حال تمكن من ذلك

---

(١) انظر الوسائل : ج/١ ص الباب ٥ من أبواب مقدمات العبادات ح/١ . المستدرك : ج/١ ص الباب ٥ من مقدمات العبادات .

(٢) الوسائل : ج/١٢ ص ٢٦٦ الباب ١٢ من أبواب عقد البيع وشروطه ح/١٣ .

....

بجعل الشرط في ضمن عقد لازم آخر، وقد ذكرنافى باب الشرط انه يوجب الوضع ، فله ان يجبر المالك الممتنع بواسطة الحاكم من اعطاء النفقة، وله ان يتقاص من ماله اذا لم يمكنه الاجبار، والله العالم.

مسألة ـ ٢٣ ـ قدعرفت الفرق بين المضاربة والقرض والبضاعة وان فى الاول الربح مشترك وفى الثانى للعامل ، وفى الثالث للمالك ، فاذا قال : خذ هـذا المال مضاربة والربح بتمامه لى كان مضاربة فاسدة

(مسألة ـ٢٣ـ قد عرفت الفرق بين المضاربة والقرض والبضاعة، وان في الاول الربح مشترك،) بين العامل والمالك (وفي الثانـي للعامل ، وفي الثالث للمالك، فاذا قال: خذ هذا المال مضاربةوالربح بتمامه لي كان مضاربة فاسدة) لان قوام المضاربة كون الربح بينهما، فهو مثل ان يقول :

زوجتك على ان تكوني زوجة لي و لاخي حيث انه نكاح فاسد اذا كان ذلك مصب العقد، لاعلى نحو الشرط، فان المضاربة و كون الربح كله للمالك لما لم يمكن جمعهما، فالامر لايخلو من اربعة احوال، لانـه أما قصدهما أو لم يقصد أياً منهما، أوقصد البضاعة ، أوقصد المضاربة ، فان قصد المضاربة كانت مضاربة، وان قصد البضاعة كانت بضاعة وان لم يقصد أياً منهما بطل لان العقود تتبع القصود، وان قصدهما فهو على ثلاثة اقسام، لانـهما أما مصب العقد، أو (الربح تمامه لي) على نحو القيد .

واللازم البطلان فيهما، اذ حقيقة المضاربة الاشتراك فى الربح، وان كان هناك أمر عقلائي في اجراء العقد هكذا، مثل ان يزيد على مال العامل الذي يريد التجارة بمال نفسه مما يسبب له امكان المعاملة بماله فيما لايمكنه تلك بماله وحده، مثلا: كانت صفقة تباع بمائة ألف، وليس للعامل الاخمسون فلا يقدر على المعاملة المربحة بتلك الصفقة الا بخمسين آخر .

....

أو ان بقاءالعامل بلا عمل كسر له ولذا يريد العمل ولو بدون ربح ليخرج نفسه عن البطالة أوما أشبه ذلك، مثل ان الظالم يخاف من المالك فلا يمد يده الى مال العامل، حيث يعلم انه يتاجر بمال المالك، الى غير ذلك من الامثلة.

والثالث: ان يكون على نحو الشرط، وحيث ان الشرط فاسد، وقد حقق في مبحث الشروط ان الشرط الفاسد ليس مفسداً، فيحتمل القول بصحة العقد وبطلان الشرط لكن هنا محذور انه لايمكن ان يكون بضاعة لعدم قصدها (اذ العقود تتبع القصود) ولايكون مضاربة، لان مقوم المضاربة اشتراك الربح وقد فرض انهما بنيا على عدم الاشتراك ولايمكن القول باستحقاق العامل اجرة المثل لان المالك دخل على ان لايكون له الاجرة وقبل العامل ذلك فلا حق له وقاعدة احترام عمل المسلم لامجال لها بعد انه هتك حرمة عمله بنفسه، كما اذا بنى دار زيد مجاناً .

ومنه يعلم، ان احتمال صحة العقد ، وبطلان الشرط لامجال له ، فاللازم القول ببطلان العقد فلامضاربة، لعدم امكانها، ولابضاعة لعدم قصدها، فما قصد لم يقع، وما امكن وقوعه لم يقصد .

وبذلك ظهر موقع الاشكال في كلام المستمسك حيث قال: والمتحصل انه مع الالتفات التفصيلي فى مقام الثبوت لامضاربة ، لاصحيحة ولا فاسدة، وفى مقام الاثبات لابضاعة ، ومع عدم الالتفات التفصيلى فالواقع: أما مضاربة صحيحة، أوبضاعة صحيحة لامضاربة فاسدة.

الا اذا علم انه قصد الابضاع فيصير بضاعة ، ولا يستحق العامل اجرة الا مع الشرط أو القرائن الدالة على عدم التبرع ومع الشك فيه وفى ارادة الاجرة يستحق الاجرة ايضا لقاعدة احترام عمل المسلم

(الا اذا علم انه قصد الابضاع فيصير بضاعة ، ولايستحق العامل اجرة) وقد (علم) يراد به في مقام الاثبات، والا فالحكم مرتبط بمقام الثبوت .

(الا مع الشرط) اى شرط الاجرة (أوالقرائن الدالة على عدم التبرع) حيث ان المالك استوفى عمله ولم يقصد العامل التبرع - على ما تقدم فى بعض المسائل السابقة ان انضمام الامرين الاستيفاء، وعدم قصد التبرع يوجب اجرة المثل - .

وكيف كان، فاذا لم تكن مضاربة فقد يشترط التبرع وهو البضاعة، وقد يذكر الاجرة فهو استيجار، وقد يسكت عن الامرين، واللازم هنا الاجرة ايضاً لاستيفاء العمل غير المتبرع به كما تقدم .

ومنه يظهر وجه قول المصنف: (ومع الشك فيه وفى ارادة الاجرة يستحق الاجرة أيضاً) وذلك (لقاعدة احترام عمل المسلم)(١) الذي استوفاه المالك ، فان كلا من الامر والاستيفاء يوجب الاجرة اذا لم يتبرع العامل ، فما ذكرناه من ان الاستيفاء يوجب البدل لامفهوم له، اذ ربما يكون أمر بدون استيفاء .

ومع ذلك عليه الاجرة، كما اذا قال: اكنس هذا المسجد ، فانه يستحق عليه الاجرة، وان لم يستوف الامر شيئاً، وقد ذكرنا في بعض مباحث [الفقه]

---

(١) المستدرك : ج/٣ ص ٢١٥ باب نوادر الشهادات ح/٥ .

واذا قال : خذه قراضاً وتمام الربح لك فكذلك مضاربة فاسدة الا اذا علم انـه اراد القرض

عدم لزوم ان يدخل البدل في كيس من خرج المثمن من كيسه ، وذكرنا انه، أما ان يدخل كيسه ، كما اذا أعطاه ديناراً ليعطيه خبزاً .

أو كيس ثالث كما اذا اعطاه ديناراً ليعطي للفقير خبزاً ، أو مـن كيس ثالث الى كيس رابع ،كما اذا أعطاه ديناراً ليصبغ ولده دار ولد المعطى ، واما له غرض فيذلك ، كما اذا اعطاه ديناراً ليكنس المسجد .

(واذا قال : خذه قراضاً وتمام الربح لك فكذلك مضاربة فاسدة) كما في القواعد والتذكرة وغيرهما ، وذلك لان من شرط القراض اشتراك الربح ، و حيث قد عرفت مقتضى القاعدة فيعكس هذه المسألة، كان اللازم جريانذلك التفصيل هنا ايضاً ، كما أشار اليه المستمسك قائلا : الكلام في المقامين من باب واحد ، وان عرفت الاشكال في أحكامه التي ذكرها في (المتحصل) ولمـا ذكرناه قال السيد البروجردي : ليس هذا من المضاربة أصلا كما مر ، فـان قصد به تمليك العين كان قرضاً ، والا كان اهداءاً للربح اليه قبلوجوده وهو لايترتب عليه أثر .

أقول : نعم يمكن ترتب الاثر بأنه اذا أراد المالك أخذ الربح ، كان عليه ان يعطيه الاجرة ، لانه استوفى مالم يتبرع به العامل .

(الا اذا علم انه أراد القرض) قد تقدم ان الكلام ينبغي ان يكون في مقـام الثبوت ، لاالاثبات .

ولو لم يذكر لفظ المضاربة بأن قال : خذه واتجربه والربح بتمامه لى كان بضاعة الا مع العلم بارادة المضاربة فتكون فاسدة ولو قال : خذه واتجر به

(ولو لم يذكر لفظ المضاربة بأن قال: خذه واتجربه والربح بتمامه لي كان بضاعة) كما ذكره غير واحد كالشرائع والقواعد وغيرهما ، الا انه لابـد من ارادتهم ما لو قصدا التبرع بعمل العامل ، والاكان اللازم اعطائه الاجرة ، لان المالك استو فى عملا لم يقصد العامل التبرع به ، فيشمله دليل الضمان مثل : لايتوى حق امرء مسلم،(١) ولذا اشكل عليهم المستمسك بأن مقتضى استيفاء عمل المسلم ضمانه .

وكيف كان فالصور أربع . لانهما أما انيريدا المجانيةفلااجرة أوالاجرة فالاجرة، أوارادة المالكفقط المجانيةمع فهمالعامل ذلك، ومع ذلك عمل فلا اجرة ، اذ العامل بنفسهأهدر اجرتهباقدامه على ما طلب المالك مجانية عمله ، أو ارادة العاملفقط فلا اجرة ، لان العامل أهدر حق نفسه فلاحق لهفيالاجرة، وان اعطاها المالك اياه .

(الا مع العلم بارادة المضاربة فتكونفاسدة) لانه خلاف حقيقة المضاربة ان يكون كل الربحللمالك، وحيث قد تقدمالكلام فيمثل ذلك في أولالمسألة لم يكن داع الى تكراره .

---

(١) المستدرك : ج/٣ ص ٢١٥ باب نوادر الشهادات ح/٥ .

والربح لك بتمامه فهو قرض الامع العلم بارادةالمضاربة ففاسد

ومنه يعلم الاشكال في اطلاق كلام المصنف : (ولو قال : خذه واتجربه والربح لك بتمامه فهو قرض) كما ذكره المحقق والعلامة وغيرهما ، والظاهران مرادهم ان مثل هذا الكلام يعطي فائدة القرض ، لانه قرض ، لوضوح ان القرض تمليك بعوض، وهذا لايلازم التمليك، وبذا اشكل عليهم مجمع البرهان وتبعه المستمسك .

ولذا نزل الرياض كلامهم على ارادة ان اشتراط تمام الربح للعامل من أحكام القرض ، لانه قرض فعلا .

وكيف كان ، فمثل هذا الكلام على ثلاثة أقسام :

الاول : ان يريد المالك القرض ولا اشكال فيه .

الثاني : ان يريد الربح لهما ، لكن هو وهب حصته للعامل ، وقد تقدم ان مثل ذلك هبة غير لازمة ، فهو مثل ان يقول : كلما اثمرت اشجاري ، فهو لك ، فانه لايوجب تملك الموهوب له لها، ولا يكون ذلك مضاربة لعدم جعل نسبة الربح لهذا وذاك مما لاتكون المضاربة الابه .

الثالث: ان يريد ملكية المالك للمال وانما كل الربح للعامل، وهذا كالثاني هبة غير ملزمة .

(الامع العلم بارادة المضاربة ففاسد) لما تقدم من انمقوم المضاربة تقسيم الربح .

ومنه يعلم حال ما اذا قال: اتجربه والربح للفقراء أو للمساجد أو ما أشبه ذلك .

ومع الفساد فى الصور المذكورة يكون تمام الربح للمالك وللعامل اجرة عمله الا مع علمه بالفساد

(ومع الفساد في الصور المذكورة يكون تمام الـربح للمالك) قالوا لان الربح تابع للمال ، وفيه عدم تسليم ذلك ، بل الربح لكل من المالك والعامل بنسبة خاصة ، لان الربح تابع لهما ، فالمال وحده لايربح والعمل وحده لايثمر وانما الثمر نتيجة الامرين .

(و) بهذا ظهر الاشكال فى قوله: (وللعامل اجرة عمله) اذ الاجرة لاتلاحظ النسبة ، اللهم الا ان يريد بالاجرة النسبة الواقعية ، ولكنه خلاف ظاهر مثل هذا الكلام .

هذا بالاضافة الى ما تقدم من انه اذا جعل تمام الربح للمالك في المضاربة الفاسدة ، وكان قصد احدهما المجانية لم يكن وجه لكون الاجرة للعامل .

(الا مع علمه بالفساد) اذا علم بالفساد ولم يقصد المجانية لم يكن وجه لعدم الاجرة ، لانه لم يدخل على ان يكون عمله مجاناً والمالك لم يأمره بـالعمل مجاناً ، فلا فرق بين العلم والجهل فى استحقاقه الاجرة ـ كما المع الى ذلك جماعة من المعلقين ـ ثم لو قال : خذه واتجر به والربح لـك وربح أقل مـن اجرة المثل ، أو لم يربح أو خسر ، لم يكن المالك ضامناً للتفاوت فى الاول ولا للاجرة فى الاخرين ، اذ قد دخل العامل على ان لايكون له شيء خـارج الربح .

مسألة ــ ٢٤ ــ لو اختلف العامل والمالك فى انها مضاربة فاسدة اوقرض اومضاربة فاسدة اوبضاعة ولم يكن هناك ظهور لفظى ولاقرينة معينة

(مسألة ــ ٢٤ ــ لو اختلف العامل والمالك في انها مضاربة فاسدة أو قرض) فيما اذا كان هناك فائدة في الاختلاف المذكور ، كما اذا ربح وكانت الاجرة أقل من الربح ، الى غير ذلك . اذ لولا الفائدة لم يكن نزاع ، كما قرر في (كتاب القضاء) .

(أومضاربة فاسدة أوبضاعة) كذلك (ولم يكن هناك ظهور لفظي ولاقرينة معينة) يتسالم عليه الطرفان ، اذ التسالم يوجب رفع الاختلاف ، أما اذا كان احدهما بدون تسالم الطرفين على قبوله، فلاوجه بارتفاع النزاع بمجرد الظهور أو القرينة ، فان احدهما اذا سلم بالظهور ، أو القرينة ، لكنه ادعى ان الامر لم يكن حسب هذا الظاهر أوالقرينة كان نزاع ايضاً، فان النزاعات كثيراً ماتكون على خلاف الظهورات اللفظية أوالعقلية كظهور اليدفي الملكية ، ومع ذلك الطرف الخارج يدعى عدم تمامية يده ، بل قد ذكر جماعة منهم لو كان له بيده ورقة بامضاء الطرف انه ابرئه أو وهبه، أوباعه أوما اشبه ذلك ،وادعى الطرف انه صحيح كون ذاك كتابته ، الا انه كتبه ليهب ، أوليبيع بعد ذلك سمع دعواه لكثرة الكتابة قبل العمل، واحتمال كون الواقع كذلك في مورد الدعوى،وكان المصنف تبع فى تقييده بـ(هناك) المسالك والجواهر .

وفيه ماتقدم الا اذا أرادا انه لو كان ظهور لم يكن نزاع بأن كان من باب السالبة

فمقتضى القاعدة التحالف

بانتفاء الموضوع، وكان المعلقين الذين سكتوا على قيد المصنف ، لماذكرناه من (كان ..) .

أما قول المستمسك : ولعل مراد المصنف ان ذلك شرط في التحالف ومع الظهوراللفظي، أوالقرينة يكون الموردمن موارد المدعي والمنكر، لانه لاتسمع دعوى الخلاف ـ انتهى .

ففيه : ان التحالف لايلازم عدم الظهور ، بل الظهور يكون حينئذ مؤيداً هـذا بالاضافة الى ان الظاهر من كلام المسالك ـ الذي تبعه المصنف حسب الظاهر ، والاكان له ذكر الادعاء والانكار ـ انهيرفع النزاع مطلقاً معالظهور لانه قال : ضرورة عدم وجهلمن يدعى خلاف الظاهر بلاقرينة، والالزم منذلك فساد كثير .

(فمقتضى القاعدة التحالف،) وانماكان التحالف، لان كلامنهما يدعى أمراً خلاف الاصل ، فان المضاربة الفاسدة والقرض والبضاعة كلها خلاف الاصل والملاحظ فياجراء أحكام الدعوى مصب النزاعالذي يفرغ كل طرفدعواه عليه ، وليس الملاحظ الغرض المقصود من الدعوى ـ وان جعله المستمسك مقتضى التحقيق .

ولذااذاقال احدهما:انه يطلبالطرف مالا،يختلف (فيسيرالنزاع)جواب الطرف ، فان قال : (اني بريء) كان منكراً ، وكان الاصل معه ، وان قال : (اديت طلبه) كان مدعياً ، وكان الاصل مع الطرف ، مع ان الغرض المقصود من الدعوىلايختلف في المقامين ، فان جوهرالنزاع في انه هل يؤدىالطرف

. . . .

مالا أولا ؟ وكذلك اذا قال الرجل : هوزوجتي ، وقالت : هي (لست زوجته) أو (طلقنى) فان في الاول يكون الرجل مدعياً .

وفي الثاني منكراً ، مع ان الغرض المقصود من الدعوى جواز مباشرتها مباشرة الازواج وعدمه الى غيرذلك من الامثلة .

وقد ذكر الفقهاء في (كتاب القضاء) أمثلة جوهرها واحد ، لكنها تختلف من حيث سير القضاء في الذي ينطبق على اطراف النزاع من الصفات، وذكروا هل يجوز للحاكم تعليم بعضهم كيفية تقرير الدعوى بما ينجحه في النزاع ؟ وبناءاً على ماذكرناه من كون المعيار مصب الدعوى ، فللمسألة صور:

الاولى : اذا ادعى المالك القرض وادعى العامل المضاربة الفاسدة، (وذلك لان المالك يريد التخلص من الاجرة ، حيث ان القرض لااجرة على المالك فيه ، بخلاف المضاربة الفاسدة، حيث على المالك اجرة عمل العامل، أوليست خسارة المال على المالك في القرض بينما خسارته على المالك في المضاربة) كان من مورد التحالف ، لان كلا الامرين خلاف الاصل .

الثانية : اذا ادعى المالك المضاربة الفاسدة، وادعى العامل القرض (لان المال ربح ربحاً أكثر من الاجرة، فالمالك يريد الربح واعطاء الاجرة والعامل يريد ان يكون كل الربح له لانه قرض) .

ففي بعض الحواشي : الظاهر ان الحلف يتوجه الى المالك لانكاره القرض وليس في دعواه المضاربة الزام للعامل بشيء ليتوجه الحلف اليه ايضاً، وفيه

....

ان في دعواه المضاربة الفاسدة الزام للعامل، حيث ان المضاربة الفاسدة تعطي كل الربح للمالك ، ويعطى المالك الاجرة للعامل ، والاجرة أقل من الربح ، حسب الفرض فقوله:(ليس الزام)محل نظر، هذا بالاضافة الى ان صيغة الدعوى التي هي المعيار-على ماتقدم-مختلفة، مما لايجعل احدهما مدعياً والاخر منكراً، بل كل واحد مدع خلاف الاخر ، وهذا هو ميزان التحالف على ما ذكر في (كتاب القضاء) .

وبذلك ظهر وجه النظر في قول السيد البروجردي ، حيث قال : العامل في كلتيهما لايضمن المال ، ولا له شيء من الربح ، وانما يكون له الاجرة في الاولى مع جهله بالفساد أومطلقاً وفي الثانية مع عدم تبرعه ، فعلى هذا لاالزام في شيء منهما الان يحرر المالك دعواه على وجه لايستحق العامل معه الاجرة على عمله فتكون ملزمة ويحلف العامل على نفيها فيحكم له بالاجرة ولا تحالف على الاصح - انتهى .

وجه الظهور ان العامل في صورة القرض - حيث يدعيه - يملك كل الربح فكيف يقال ليس له شيء من الربح هذا بالاضافة الى انه لو ثبت علمه بالمضاربة الفاسدة وجهل المالك بها كان ضامناً للمال، حيث يشمله دليل اليد ، فاطلاق قوله: لايضمن المال. محل منع، الى ذلك من موارد النظر في كلامه، كما يظهر بعضها مما سيأتي .

أما قول السيد الجمال في تعليقه : ويحكم حينئذ في الصورتين بكون الربح للمالك، واستحقاق العامل اجرة عمله ، ففيه مواضع نظر . اذ أولا: لا

اطلاق لما اطلقه، فأنه قد لايكون ربح، وقد يكون خسران، فليس كل فروض المسألة فيها ربح حتى يطلق ان الربح للمالك .

وثانياً: لااجرة للعامل اذا ثبت علمه بالمضاربة الفاسدة، اذ لا يحق له التصرف في مال المالك بعد هذا العلم ـ والحال ان اذن المالك كان مقيداً بالمضاربة الصحيحة ـ فان احترام عمل المسلم انما هو اذا لم يهدر هو عمله (كما تقدم في المسألة السابقة) .

وثالثاً : ماسبق ان ذكرناه من ان الربح وليد رأس المال والعمل فاللازم ان يقسم بينهما بنسبة عادلة (غير مجحفة) والاجرة غير النسبة ، كما هوواضح فيما كان الربح كثيراً، مثلا: عمل شهراً واجرته مائة، بينما نسبة الربح تقتضي الالف مثلا، وقد ذكرنا في كتاب: (الفقه ـ الاقتصاد) لزوم عدم الاجحاف كما ذكره علي عليه السلام في موضعين من نهج البلاغة .

الصورة الثالثة: ان يختلفا في انها مضاربة فاسدة أوبضاعة، فالمالك يقول انها بضاعة حتى يكون كل الربح له بدون اجرة للعامل ، والعامل يقول : انها مضاربة فاسدة يكون كل الربح له باستثناء اجرة العامل، ومقتضى القاعدة هنا التحالف لما عرفت ان المعيار مصب الدعوى، لاالغرض المقصودمنها .

ومنه يعلم وجه الاشكال في تعليق ابن العم ، حيث قال : الصورة الثانية ليست مورداً للتحالف. لعدم دعوى ملزمة الابالتأويل ـ انتهى .

كيف والعامل يريد الاجرة ، والمالك يريد عدم اعطائها له فانهما لو صبا النزاع هكذا كان العامل مدعياً والمالك منكراً ولوصباها بضاعة ومضاربة

كان مـن مواردالتحالف ، وقد عرفت ان الاعتبـار بالمصب لابالمقصود الآئل اليه النزاع .

ومنه يظهر وجه النظر فى كلام المستمسك حيث قال: واذا ادعى المالك البضاعة، وادعى العامل المضاربة الفاسدة، فقد اتفقا على كون الربح للمالك ويكون الخصام بينهما فى ان العامل يستحق على المالك الاجرة أولا، فالمالك يدعى انهابضاعة مبنية على المجانية والعامل يدعى المضاربة الفاسدة الموجبة لاستحقاق الاجرة فأستيفاء عمل العامل الموجب للضمان حاصل على كل حال ويدعى المالك التبرع، وينكر العامل ذلك.

الصورة الرابعة: عكس الصورة الثالثة بأن ادعى العامل البضاعةوالمالك المضاربة الفاسدة، وهذا النزاع يكون لامرين :

ألاول: الواقعية، حيث يعتقد كل صحة مايقوله .

الثانى :الاثارالخارجية ،كما اذا كان الظالم يأخذ من الاموال التى تجعل فى البضاعة ضريبة والمالك يريد الفرار من ذلك مثلا، أوأن العامل لايريدأخذ الاجرة لانه يراه نوع منة من المالك عليه أوأن العامل اذا ثبت انه عمل مضاربة لم يعط من الاموال المقررة للعاطلين الذين لاحق لهم فى عمل، بينما اذا كان الامر بضاعة اعطى من تلك الاموال .

وكيف كان ، فاذا تحقق هناك نزاع شرعى كان من موارد التحالف ايضاً، واذا تم التـحالف ، كان اللازم اعطاء العامل الاجرة ، واذا لم يقبل كانت من مجهول المالك الذي يقسم بينهما، أويرجع بها الى بيت المال، كما اذاقال

وقد يقال: بتقديم قول من يدعي الصحة وهو مشكل، اذ مورد الحمل على الصحة ما اذا علم انهما اوقعا معاملة معينة واختلفا فى صحتها وفسادها لا مثل المقام الذى يكون الامر دائراً بين معاملتين احديهما صحيح وعلى الاخرى باطل نظير ما اذا اختلفا فى انهما أوقعا البيع الصحيح أو الاجارة الفاسدة مثلا

احدهما: هذا لك، وقال الاخر: بل لك، والله سبحانه العالم .

(وقد يقال: بتقديم قول من يدعى الصحة) كما فى المسالك، وذلك لان الاصل فى العقود الصحة، وهو أصل ثانوى مقدم على أصل الفساد الذي هو أصل اولي .كما قرره الشيخ فى المكاسب وغيره فى غيره .

(وهو مشكل ، اذ مورد الحمل على الصحة ما اذا علم انهما أوقعا معاملة معينة) كالمضاربة .

(واختلفا فى صحتها وفسادها،) فأن دليل الاصل الثانوى المقتضى للصحة يشمله (لا مثل المقام الذى يكون الامر دائراً بين معاملتين احديهما صحيح وعلى الاخرى باطل) فأنه مورد التحالف سواء كانا من جنس واحد .

(نظير) ماذا اختلف الزوجان ان العقد دائم ليكون باطلا، حيث للمزوج أربع نسوة، أومنقطع ليكون صحيحاً لان الانقطاع لاينافى ذلك ومن الواضح ان الدوام والمتعة من جنس واحد، أومن جنسين، مثل (ماذا اختلفا فى انهما أوقعا البيع الصحيح أوالاجارة الفاسدة مثلا) أوأختلفا فى الاجارة الصحيحة والبيع الفاسد مثلا.

و فى مثل هذا مقتضى القاعدة التحالف واصالة الصحة لاتثبت كـونه بيعاً مثلا لااجارة أو بضاعة صحيحة مثلا لامضاربة فاسدة .

(وفى مثل هذا مقتضى القاعدة التحالف) وقد ظهر مما تقدم عدم صحة أشكال المستمسك فيه فراجع.

(واصالة الصحة لاتثبت كونه بيعاً مثـلا لااجارة) أوبالعكس في العكس (أو بضاعة صحيحة مثلا لامضاربة فاسدة) لانذلكخارج عن مجرى الاصل.

ومما تقدم ظهر الكلام فى سائر صور الاختلاف، كما اذا قال: اعطيـته بدل ايجار داره، أوسلعته التى اشتريتها منه، أوبدل رهن داره أوما أشبه ذلك وقال: بل قرضاً، أومضاربة، أو بضاعة أوما أشبه ذلك، فان أمثال هذه المقامات من التداعي الموجب للتحالف .

مسألة ـ ٢٥ ـ اذا قال المالك للعامل خذ هذا المال قراضاً والربح بيننا صح ، و لكل منهما النصف واذا قال : ونصف الربح لك فكذلك

(مسألة ـ ٢٥ ـ اذا قال المالك للعامل : خذ هذا المال قراضاً والربح بيننا صح) بلا اشكال ولاخلاف ، كما يظهر من كلماتهم بل ظاهر المسالك وغيره الاتفاق عليه .

(و) هل (لكل منهما النصف) كما صرح بذلك غير واحد ، لانه المنصرف من بيننا، أو بالنسبة المعقولة؟ الظاهر الثاني ، لوضوح ان لكل من رأس المال والعمل نسبة خاصة من الربح اذا لم تكن هناك ارادة منهما لغير تلك النسبة ، ولو كان الانصراف سبباً للتنصيف ، اذا الارادة قد يصرح بها وقد توكل الى الانصراف ، ومن المعلوم ان النسبة تختلف من زيادة المال وقلته ، ومن زيادة نشاط العامل وقلته ، ومن تعدد المالك أو العامل أو كليهما ووحدتهما ، فاذا كان هناك عاملان كان نصيب المالك أقل ، بينما اذا كان المالك متعدداً كان نصيب العامل أقل وهكذا .

(واذا قال : ونصف الربح لك فكذلك) هذا مما لااشكال فيه ولا خلاف ، وتقتضيه القاعدة ، لان العقود تتبع القرار ، اللهم الا اذا كان اجحاف ، حيث انه منهي عنه ، كما في كلام الامام عليه السلام في كتابه الى الاشتر[1] ، وفي غيره. والاجحاف انما يتحقق اذا كانت النسبة أقل من النصف لاحدهما بما لا يتسامح

---

(١) نهج البلاغة : الخطبة ٥٣ .

به عرفاً ، ولم يكن صاحب النصف مطلعاً على ذلك، مثلا : عامل عمل مائة يوم كل يوم بدينار وجمعه ويكون اذا اشترى به داراً كانت اجارة الدار كل يوم بدينار ، ومعنى ذلك ان اجرة كل يوم تعطى عشرة أفلس ربحاً (حيث ان الدينار ألف فلس) فاذا اعطى هذا المالك المائة لعامل فعمل فيها خمسين يوماً وصار مجموع رأس المال والربح عنده (مأتين وخمسة وعشرين ديناراً) كان لازم ذلك ان المائة دينار رأس المال ربح كل يوم ديناراً ، (لفرض ان اجرة الدار لخمسين يوماً خمسون ديناراً) وان اجرة العامل لخمسين يوم عمله (خمسون ديناراً) وربح خمسينه (خمسة وعشرون ديناراً) لفرض ان كل دينار يربح (عشرة افلس) فاللازم تقسيم الربح الصافي الذي هو (مائة وخمسة وعشرون ديناراً) بين المالك والعامل، فللمالك خمسون ديناراً (علاوة على مائة) وللعامل (خمسون) لكل يوم دينار و (خمسة وعشرون) أرباح الخمسين ، اذ كما (لمائة المالك) في كل يوم دينار كذلك (لخمسين العامل) في كل يوم نصف دينار ، وهذا هو مقتضى النسبة التي ذكرناها، فاذا وزع الربح، اى (مائة وخسمة وعشرون) كما قال المصنف ، تبعاً للمشهور من التنصيف، كان معناه ان للمالك اثنين و ستين ونصف دينار، و للعامل بقدر ذلك ، والحال ان المالك أخذ (اثنى عشر ونصفاً) أكثر من حقه ، والعامل نقص من حقه (اثنى عشر ونصف) .

ولايخفى ان المثال تقريبي ، والا فاللازم ملاحظة أرباح خمسينه يوماً فيوماً لان مائة المالك مجتمعة، أما خمسون العامل ، فانه ليس مجتمعاً ، بل يحصله و يستربحه يوماً فيوماً .

بل وكذا لو قال: ونصف الربح لي فان الظاهر ان النصف الاخر للعامل ولكن فرق بعضهم بين العبارتين وحكم بالصحة في الاولى لانه صرح فيها بكون النصف للعامل ، والنصف الاخر يبقى له على قاعدة التبعية

وكيف كان ، فاذا أقدم العامل على ذلك لم يكن به بأس أما اذا لم يعلم بهذا النقص كان اجحافاً بحقه، كما قالوا مثل ذلك في باب الغبن ، حيث للمغبون الخيار اذا كان جاهلا بالغبن حين المعاملة ، وان شئت قلت : في المقام ان العامل غبن ، وان لم يتعمد غبنه المالك، فله حق أخذ مقدار حقه ، كما اذا غبن الاجير في سائر انحاء الاجارة .

ومما تقدم ظهر حال ما اذا كان رأس المال أكثر من مائة ، أو اقل من مائة وقد فرض ان العامل عمل فيه خمسين يوماً مثلا ، حيث ان لكل من العامل و المالك نسبة خاصة من الربح اذا تعدى احدهما على الاخر بأخذ الازيد من تلك النسبة كان اجحافاً ان لم يعلم به الطرف الذى أخذ أقل من حقه -النسبي-.

(بل وكذا لو قال : ونصف الربح لي فان الظاهر ان النصف الاخر للعامل ولكن فرق بعضهم) كالشرائع (بين العبارتين وحكم بالصحة في الاولى لانه) كما علله المسالك (صرح فيها بكون النصف للعامل ، والنصف الاخر يبقى له على قاعدة التبعية)حيث ان الربح تابع للمال .

أقول : لكنا ذكرنا سابقاً الاشكال في هذه القاعدة ، لان الربح وليد المال والعمل ، فجعله تابعاً للمال ، خلاف القاعدة ، وانا وان لم نقل بأن الربح تابع

بخلاف العبارة الثانية ، فان كون النصف للمالك لاينافى كون الاخر له ايضاً على قاعدة التبعية .

فلا دلالة فيهاعلى كون النصف الاخر للعامل ، وانت خبير بأن المفهوم من العبارة عرفاً كون النصف الاخر للعامل .

للعمل ، كما ذهب اليه بعض الاقتصاديين ، الاانا لانقول بالتبعية للمال ايضاً ، كما هو المشهور بين الفقهاء .

(بخلاف العبارة الثانية ،فان كون النصف للمالك لاينافي كون الاخر له ايضاً) اذ عدم كونه للمالك من باب مفهوم اللقب ، وهو ليس بحجة ، فعدم ذكر حال النصف الاخر يقتضي كونه للمالك ايضاً (على قاعدة التبعية) ولذا تكون المضاربة باطلة ، كما في المسالك، حيث قال: الاجود البطلان، وقال في القواعد: بطل على اشكال ، حيث لم يذكر حق العامل ، فهو مضاربة فاسدة .

(فلادلالة فيها) اى فى العبارة الثانية (على كون النصف الاخر للعامل) هذا (وانت خبير بأن المفهوم من العبارة عرفاً كون النصف الاخر للعامل) فلذا الاوجه للفرق بين العبارتين ، ولاللقول ببطلان الثانية، ولذا جعل الصحة فى الجواهر واضحاً .

نعم ، ان قال المالك : انه لم يرد المفهوم فى الثانية، وانما أراد المنطوق فقط حيث سكت عن النصف الثانى ، كان مقتضى القاعدة البطلان ، بل هو كذلك فى العبارة الاولى ايضاً، اذ قد تقدم لزوم ان يكون للعامل حصة وللمالك حصة .

مسألة ـ ٢٦ ـ لافرق بين ان يقول : خـذ هذا المال قراضاً ولك نصف ربحه اوقال : خذه قراضاً ولك ربح نصفه فى الصحة والاشتراك فـى الربح بالمناصفة وربما يقال : بالبطلان فى الثانى بدعوى ان مقتضاه كون ربح النصف الاخر بتمامه للمالك .

وقد يربح النصف فيختص به احدهما

(مسألة ـ ٢٦ ـ لافرق بين ان يقول :خذهذاالمال قراضاً ولك نصف ربحه أو قال : خذه قراضاً ولك ربح نصفه في الصحة) لوضوح مقدار الربح الذى لكل منهما في العبارتين .

(والاشتراك فى الربح بالمناصفة) حسب العقد المقرر بينهما ، و هذا هو الذى اختاره الشرائع والقواعد ، بل فى المسالك انه المشهور .

(وربمايقال :)والقائل الشيخ في أحدقوليه(بالبطلان في الثانى بدعوى) امور:

الاول : (ان مقتضاه كون ربح النصف الاخر بتمامه للمالك) مع ان مقتضى المضاربة الاشتراك في كل جزء من الربح ، وفى الفرض ، لااشتراك كذلك ، لان ربح أحد النصفين للعامل ، وربح النصف الاخر للمالك .

أقول : اذا كانت المعاملة مضاربة عقلائية ، لم يكن بذلك بأس ، و يشمله اطلاق دليل المضاربة ، و عدم شمول بعض الادلة له ، غير ضار ، اذ لا دلالة لتلك الادلـة على بطلان ماعدا تلك الصورة التي اشتملت عليها تلك الادلة ، فتأمل .

الثاني : (وقد يربح النصف فيختص به احدهما) بلا اشتراك بينهما مع ان المضاربة يلزم ان تكون ربحها مشتركاً بينهما .

أو يربح اكثر من النصف فلا تكون الحصة معلومة ، وايضاً قد لايعامل الا فى النصف ، وفيه ان المراد ربح نصف ما عومل به وربح فلا اشكال .

الثالث : (أو يربح اكثر من النصف فلا تكون الحصة معلومة) فيكون ربح النصف الاخر أقل ، فلاتكون النسبة معلومة مع لزوم ان تكون النسبة معلومة ، ولم يذكر المصنف (أقل من النصف) للتلازم بين أكثرية أحد النصفين وأقلية النصف الاخر .

الرابع : (وايضاً قد لايعامل الا فى النصف) فمقتضى المضاربة ان يكون ربح هذا النصف ، بينهما لاان يكون لاحدهما .

(وفيه) ما أشار اليه المسالك بان الاشارة ليست الى نصف معين . بل الى مبهم ،فاذا ربح أحد النصفين فذلك الذى ربح هو المال والذي لم يربح لااعتداد به ، وتبعه المصنف وغيره بقوله : (ان المراد ربح نصف ما عومل به وربح فلا اشكال) نعم اذا اريد بـ (لك نصف ربحه) النصف الخاص خارجاً لم يصح ، ولعل الشيخ أراد ذلك . ولذا قال السيد ابن العم : الظاهر بطلان المضاربة بالعبارة الثانية، الا اذا اريد بها المعنى الاول ـ انتهى .

وعلي هذا ، فصور النصف ثلاثة : المبهم والذى يسمى بالكلي في المعين وهذا باطل ، والمعلوم خارجاً، هذا باطل ، وعلى نحوا الكسر المشاع وهذا صحيح ، والفرق بين الاول ، والثالث هو الفرق في مسألة بيع اطنان القصب فاحترق بعضه ،كماذكره الشيخ(ره) في المكاسب ، ولذا يشكل على الجواهر وغيره فى تخصيصهم الصورة الباطلة بما اذا عين النصف المضاف اليه ربح العامل ، اذ قد عرفت بطلان صورتين ، لاصورة واحدة.

مسألة ــ ٢٧ ــ يجوز اتحاد المالك وتعدد العامل مع اتحاد المال او تميز مال كل من العاملين ، فلو قال : ضاربتكما ولكما نصف الربح صح ، وكانا فيه سواءاً .

(مسألة ــ ٢٧ ــ يجوز اتحاد المالك وتعدد العامل مع اتحاد المال أو تميز مال كل من العاملين) وذلك، لاطلاق الادلة ، وقد صرح غير واحد بالوحدة والتعدد في كل من المالك والعامل ، و عليه فالصور ثمان : لان المالك أما واحد أو متعدد ، وعلى كل ، فالعامل أما واحد أو متعدد وعلى كل فالمال أما مع التميز أو بلا تميز .

ومنه يعلم صحةان يأخذ البنك المال من جماعةويجعلها في التجارةويعطي الربح لهم بالنسبة حسب الحصص ، لكن لايخفى انا ذكرنا في كتاب(الفقه ـ الاقتصاد) ان البنك لاحق له في أخذ أكثر من جهده الفكري و العملي ، بل اللازم تقسيم الارباح بدون ان يكون هناك اجحاف .

(فلو قال: ضاربتكما ولكما نصف الربح صح،وكانا فيه سواء) لكل نصف النصف اذا كان العرف يرى ذلك بأنكان كم العمل و كيفه متساوياً ، أمااذالم ير العرف ذلك تبعاً لاختلاف كم العمل و كيفه ، كان اللازم التقسيم بالعدل لا بالاستواء .

وبما ذكرناه يظهر ان المراد بالشركة في عمل المضاربة عمل كل منهما في جميع المال منضماً أو مستقلا ، لكن كلما عمل احدهما يكون الاخر في ربحه شريكاً،فلايقال لاوجه لاشتراك غير العامل في ربح العامل ، فان المتعارف

ولو فضل أحدهما على الاخر صح ايضاً وان كانا فى العمل سواءاً فان غايته اشتراط حصته قليلة لصاحب العمل الكثير ، وهذا لا بأس به

ان المالك يعطي مقداراً من النقد لاثنين ليفتحا دكاناًويشتركان في البيع والشراء وما اشبه ، وأخير السنة يحسب المال ، فكلما كان ربح يكون بين الثلاثة حسب نسبة مجعولة ويكفي فى صحة ذاك الصدق والسيرة ، فيشمله اطلاق أدلة المضاربةوكذلك العكس ، حيث يعطي نفران رأس المال لانسان واحد سواء جمعهماواشترى بهما البضائع، اواشترى بهذا المال شيئاً وبالمال الاخر شيئاً آخر .

ومنه يعلم انه لاوجه لتأمل بعض المعلقين فيما كان المقصود جواز العمل لكل منهما فى جميع المالمنضماًأومستقلا،لكن كلماعمل احدهما يكون الاخر في ربحه شريكاً .

(ولو فضل أحدهما علىالاخرصح ايضاً) و فى المسالك انه صحيح عندنا لكن يجب ان يقيد ذلكبما تقدم من عدم الاجحاف ، لما عرفت من وجهه .

(وان كانا في العمل سواءاً) لاجل تفاوتهما فىالذكاء أو ما أشبه ذلكمما يوجب التفاوت في المعاملة .

(فان غايته اشتراط حصة قليلة لصاحب العمل الكثير ، وهذا لا بأس به) اذا لم يكن اجحافاً ، والا كان به بأس ، حيث ان الشارع منع عنه ، الا اذا اقدم نفس العامل بدون كره شخصى، أوكره اجوائي ، فان له الحق فى ذلك

ويكون العقد الواحد بمنزلة عقدين مع اثنين .

حيث يدل عليه تسلط الناس على أنفسهم وأموالهم[(١)]، ولا يخفى انه ربما لايكون اجحافاً ، وان كان العمل متساوياً من جميع الجهات اذا كانت الزيادة للطرف الاخر العامل معه تفضلا ، كما اذا كانت اجرة العامل ديناراً في كل يوم ، و كان ربحه من المضاربة ديناراً ونصفاً حسب المقرر، بينما ربح العامل الاخر دينارين ــ حسب المقرر من التفاوت بينهما ــ فانه لا اجحاف في حقه ، وانما تفضل على الاخر .

(ويكون العقد الواحد) بين المالك والعاملين (بمنزلة عقدين مع اثنين) فكما يجوز جعل الربح متفاوتاً في عقدين يجوز جعله متفاوتاً في عقد ــ لكن لايخفى ان العقدين ايضاً كذلك، اي لايجوز الاجحاف في احدهما ، لاطلاق دليل المنع عن الاجحاف ــ والله العالم .

هذا ولكن ، قد يكون هناك عقد واحد وقد يكون عقدان في صورة عقد واحد ، اي قد يلفظ الانسان لفظ عقد ، ويقصد عقدين مثله مالو تزوج زوجتين بلفظ زوجتكما أو طلقهما بلفظ طلقتكما، حيث انهما نكاحان وطلاقان، وان جيء بلفظ واحد . وقد يقصد عقداً واحداً، كما اذا باع داره وبستانه صفقة واحدة ، وتظهر الثمرة في مثل خيار تبعض الصفقة وخيار العيب وما أشبه، فان الدار اذا كانت معيبه ، أو كان بعضها للغير ، فان المشتري له حق رد الجميع اذا كان عقداً واحداً وليس له رد البستان اذا كان عقدين في صورة عقد واحد .

---

(١) بحار الأنوار : ج/٢ ص ٢٧٣ .

ويكون كما لو قارض أحدهما في نصف المال بنصف وقارض الاخر في النصف الاخر بربع الربح ولامانع منه وكذا يجوز تعدد المالك واتحاد العامل بان كان المال مشتركا بين اثنين فقارضا واحداً بعقد واحد بالنصف مثلا متساوياً بينهما ، أو بالاختلاف بأن يكون في حصة أحدهما بالنصف ، وفي حصة الاخر بالثلث أو الربع مثلا

أما كيف يكون عقدين أو عقداً ، فهو بدليل كون العقود تتبع القصود بالاضافة الى انه أمر عقلائي، والشارع لم يردع عنه ، بل اطلاقات الادلة تشمل كلا الامرين .

ومنه يعلم ان الصورة ليست خاصة بما ذكره المصنف بقوله (ويكون كما لو قارض أحدهما في نصف المال بنصف وقارض الاخر في النصف الاخر بربع الربح ولامانع منه) وفي المسالك ان ذلك جائز اتفاقاً، والفرق بين كونه قراضاً واحداً، أو قراضين ان احدهما لو كان مغبوناً حق له الفسخ في قراضه فقط ، ولايحق للاخر الفسخ لانهما قراضان ، بخلاف ما اذا كان قراض واحد فانه اذا فسخ انفسخ الكل ــ فيما لو كان القراض بنفسه لازماً من جهة شرط لزومه في ضمن عقد آخر ــ .

وكذلك في حق فسخ المالك اذا ظهر غبنه في احدهما ،وكذلك اذا شرط احدهما على الاخر شرطاً ، و لم يف الطرف بالشرط ، الى غير ذلك .

(وكذا يجوز تعدد المالك واتحاد العامل بأن كان المال مشتركاً بين اثنين فقارضا واحداً بعقد واحد بالنصف مثلا متساوياً بينهما ، أو بالاختلاف بأن يكون في حصة أحدهما بالنصف ، وفي حصة الاخر بالثلث أو الربع مثلا)

وكذا يجوزمع عدم اشتراك المال بأن يكون مال كل منهما ممتازاً وقارضا واحداً مع الاذن فى الخلط مع التساوى فى حصة العامل بينهما ، أو الاختلاف بأن يكون فى مال أحدهما بالنصف ، وفى مال الاخر بالثلث أو الربع .

والكلام في عدم الاجحاف، وفي كونه عقداً واحداً أو عقدين في لفظ عقد واحد كما سبق في عكسه .

(وكذا يجوز مع عدم اشتراك المال بأن يكون مال كل منهما ممتازاً وقارضا واحداً مع الاذن في الخلط) بل وبدونه ايضاً ، كما اذا كان لكل الف وجعلا في دكانين واخذ يعمل هذا في هذا الدكان مرة ، وفي الدكان الثاني مرة ، وهكذا العامل الثانى والحاصل يجعلانه في البنك ، اذ لادليل على لزوم الخلط .

(مع التساوى فى حصة العامل بينهما ، أو الاختلاف بأن يكون في مال أحدهما بالنصف ، وفي مال الاخر بالثلث أو الربع)الى غير ذلك من الصور المتصورة .

مسألة ــ ٢٨ ــ اذا كان مال مشتركا بين اثنين فقارضا واحداً واشترطا له نصف الربح وتفاضلا فى النصف الاخر بان جعل لاحدهما أزيد من الاخر مع تساويهما فى ذلك المال أوتساويا فيه مع تفاوتهما فيه

(مسألة ـ٢٨ـ اذا كان مال مشتركا بين اثنين فقارضا) عاملا (واحداً واشترطا له نصف الربح وتفاضلا في النصف الاخر بأن جعل لاحدهما أزيد من الاخر مع تساويهما في ذلك المال) كما اذا كان المال المشترك بينهما ألفاً لكل خمسمائة واعطياه لزيد ليسترىح ، والربح يقسم نصفه للعامل ونصفه لهما لاحدهما ثلث النصف ، وللاخر ثلثاه ، فمن الربح ثلاثه للعامل ولاحدهما واحد ، وللثاني اثنان .

(أوتساوياً فيه) فى الربح (مع تفاوتهما فيه) فى المال المشترك بأن كان الالف رأس المال لاحدهما منه سبعمائة وخمسون ، وللاخر مائتان وخمسون، فجعل للعامل نصف الربح ، ولكل منهما نصف الباقي، اى واحد ونصف من الثلاثة، وعليه تكون كل صور المسألة خمسة : لان رأس المال، أما متساوى بينهما، أومختلف، والاول له صورتان: لانه أما يجعل الاختلاف في الربح، أو التساوى، والثانى له ثلاث صور: لانهما أمايتساويان في الربح، أو يختلفان، و الاختلاف أما ان يكون بكون الزائد من الربح لمن زاد رأس ماله والناقص للناقص، وأما عكسه بأن يكون الزائد للناقص والناقص للزائد.

فان كان قصدهما كون ذلك النقص على العامل بالنسبة الى صاحب الزيادة بأن يكون كأنه اشترط على العامل فى العمل بما له أقل مما شرطه الاخر له ، كأن اشترط هو للعامل ثلث ربح حصته ، وشرط له صاحب النقيصة ثلثي ربح حصته مثلا مع تساويهما فى المال فهو

(فان كان قصدهما كون ذلك النقص على العامل بالنسبة الى صاحب الزيادة) والمراد بالقصد القصد الذى صب عليه المعاملة، والا فالقصد الخارج عن ذلك لااعتبار به، اذ العقود تتبع القصود.

(بأن يكون كأنه اشترط على العامل فى العمل بماله أقل مما شرطه الاخر له،) وذلك (كأن اشترط هو للعامل ثلث ربح حصته ، وشرط له صاحب النقيصة ثلثي ربح حصته مثلا مع تساويهما فى المال فهو صحيح) لاطلاق الادلة ، كما اذا كان لهما ألف لكل واحد خمسمائة وربح ستمائة و شرط أحدهما له ثلث ربح حصته، اى (مائة من ستمائة) وشرط الاخر له ثلثي ربحه اى (مأتين) فأن شارط الثلث أخذ أكثر الربح ، وشارط الثلثين أخذ أقل الربح.

وبذلك يعلم ان اللازم بقاء شيء للمالك ، والا بطلت المضاربة بالنسبة اليه، كما اذا كان الالف لمحمد وعلي، بأن كان لمحمد ثلاثة أرباعه، ولعلي ربعه وشرطا له نصف الربح على كل نصف ما يأخذه العامل وفرض ان الربح كان ستمائة ، فأن المضاربة باطلة بالنسبة الى علي ، حيث ان ربح ربعه مائة

صحيح لجواز اختلاف الشريكين فى مقدار الربح المشترط للعامل وان لم يكن النقص راجعاً الى العامل بل على الشريك الاخر بأن يكون المجعول للعامل بالنسبة اليهما سـواء ، لكن اختلفا فـى حصتهما بأن لا يكون حسب شركتهما

وخمسون وقد فرض ان العامل جعل له على كل منهما ربحاً مساوياً، فعلى علي تمام ربحه بينهـا على محمد ثلث ربحه، اذ محمد ربح أربعمائة وخمسون و علي ربح مائة وخمسون .

ثم ان المصنف علل الصحة بقوله: (لجواز اختلاف الشريكين فى مقدار الربح المشترط للعامل) والظاهر انه أراد دخول المضاربة المذكورة في اطلاق الادلة، لانه اراد تعليل الصحة بذلك حتى يرد عليه اشكال المستمسك بأن التعليل أشبه بالمصادرة .

(وان لم يكن النقص راجعاً الى العامل بل على الشريك الاخر بأن يكون المجعول للعامل بالنسبة اليـهما سواء، لكن اختـلفا فى حصتهما بأن لا يكون حسب شركتهما) كما اذا كان من ألف رأس المال لمحمد ثلاثة أرباعه ولعلي ربعه، وربح الفاً، وقررا ان يكون للعامل ربع الربـح (اى مائتان وخمسون) على التساوى نصفه على محمد ، ونصفه على علي مع العلم ان النسبة تقتضي ان يكون على محمد (مائتان) وعلى علي (خمسون) فان معنى التساوى ان محمداً صاحب الربح الاكبر أخذ من علي (٧٥) حيث كان المقرر ان يعطي (٢٠٠) فأعطى (١٢٥) .

فقد يقال فيه بالبطلان لاستلزامه زيادة لاحدهما على الاخرمع نساوى المالين ،أوتساويهما مع التفاوت فى المالين بلاعمل من صاحب الزيادة لان المفروض كون العامل غيرهما ولايجوز ذلك فى الشركة ،

(فقد يقال فيه بالبطلان) القائل المبسوط وجامع الشرائع وتوقف فيه فى التحرير على ما حكى عنهم (لاستلزامه زيادة لاحدهما على الاخر مع تساوى المالين) اي انه أخذ اكثر من ربحه .

(أوتساويهما) فى الربح (مع التفاوت فى المالين) وهذا الثانى -أوتساويهما- هو الذي ذكرنا مثاله في ربح الالف للالف ومثال الاول (اى زيادة لاحدهما) واضح ايضاً .

(بلا عمل من صاحب الزيادة) اى الذي أخذ الازيد (لان المفروض كون العامل غيرهما) وهو الشخص الثالث العامل. .

(ولايجوز ذلك) أخذ الزيادة الخارجة من ربح الشريك الاخر (فى الشركة) لايخفى ان التعليل غيـر تام، بل اللازم ان يعلل بأنه لا يجوز جعل حصته من ربح المضاربة للاجنبى، حيث ان النقص على الشريـك الاخر فى المضاربة (حسب الفرض) والربح يلزم أن يكون بين المالك والعامل فأذا أخذ محمد شيئاً من ربـح على (كما فى المثال المتـقدم) فقد جعل ربح مال على ثلاثة أقسام: قسم لعلى، وقسم لعامله، وقسم للاجنبى .

ثم هل جعل حصة من الربح للاجنبى فى المضاربة صحيح؟ قولان :

والاقوى الصحة لمنع عدم جواز الزيادة لاحد

الاول: عدم الصحة لقوله عليه السلام: (والربح بينهما).[١]

والثاني: الصحة، لان كون الربح بينهما مقتضى اطلاق العقد، لامقتضى العقد بنفسه ، وليس مخالفاً للكتاب والسنة ، وعليه فالظاهر انه لابأس بهذا الشرط، ولذا قال في المستمسك: بل له ان يشترط على أحد الشريكين شروطاً تعود فائدتها الى الشريك الثاني لاغير اذا كان لايقبل المضاربة الابذلك، فاذا قال: لاضارب بمالي الااذا زوجني الشريك جاريته فحينئذ يصح للعامل الذى يريد المضاربة ان يشترط على أحد الشريكين ان يزوج جاريته شريكه الاخر كي يتمكن من المضاربة بالمال ، ولايجوز ان نقول : ان هذا الشرط قائم بين الشريكين، ولا دخل للعامل فيه ـ انتهى .

ومنه يعلم ، صحة اشتراط تعود فائدته الى غير الأطراف الثلاثة، كما اذا قال العامل: اضاربك على ان يعطى اخوك بنته لزيد الاجنبى .

وقد ذكرنا في باب المعاملة صحة أقسام اربعة ، ثالثها : ان يعطى المال للخباز ليعطي الخبز للفقير ورابعها : ان يعطي المال للخباز ليصبغ ولد الخباز دار ولد المعطى ـ مثلا ـ فأن كل ذلك معاملات عقلائية ، ان لم تصح بيعاً، صحت معاملة يشملها اوفوا بالعقود ونحوه .

(و) على هذا فقدظهر ان (الاقوى الصحة لمنع عدم جواز الزيادة لاحد

---

(١) الوسائل : ج/١٣ ص ١٨١ الباب ١ من أبواب المضاربة ح/١ .

الشريكين بلامقابلتها لعمل منه فان الاقوى جواز ذلك بالشرط ونمنع كونه خلاف مقتضى الشركة بل هو خلاف مقتضى اطلاقها مع انه يمكن ان يدعى الفرق بين الشركة والمضاربة وان كانت متضمنة للشركة.

الشريكين بلا مقابلتها لعمل منه) وكمايكون كذلك فى الشركة يكون كذلك في المضاربة .

(فان الاقوى جواز ذلك بالشرط) فى كلا البابين ، لاطلاق أدلة الوفاء بالشرط[1] بعد ان لم يكن مثل هذا الشرط منافياً للكتاب والسنة، ولا لمقتضى العقد وان كان منافياً لاطلاقه ـ كما هو شأن كل شرط ـ.

(ونمنع كونه خلاف مقتضى الشركة) أومقتضى المضاربة (بل هو خلاف مقتضى اطلاقها) وذلك مما لابأس به.

أما قوله: (مع أنه يمكن ان يدعى الفرق بين الشركة والمضاربة) بجواز مثل هذا الشرط في المضاربة، وانلم يجز ذلك فيالشركة أذلاتلازم بين أحكام الشركة وأحكام المضاربة اذ فى الشركة يتبع الربح للمال، وليس هنا كذلك اذ الربح تابع للمال وللعمل.

(وان كانت متضمنة للشركة) فيرد عليه انه لاوجه للفرق بعد انه بدون

---

(١) الوسائل : ج/١٥ ص ٤٩ الباب ٤٠ من أبواب المهور ح/٢ . والكافي : ج/٥ ص ٤٠٤ .

الشرط لاحق فى ذلك، ومع الشرط لابأس فى كليهما حيث ان الشرط خلاف الاطلاق لاخلاف مقتضى العقد، أو الكتاب والسنة .

ومما ذكرنا ظهر وجه النظر في كلام جملة من المعلقين حيث اشكلوا على الشرط فى كلا العقدين، أوقالوا بالفرق بين الشركة والمضاربة.

مسألة ـ٢٩ـ تبطل المضاربة بموت كل من العامل والمالك أما الاول فلاختصاص الاذن به وأما الثانى فلانتقال المال بموته الى وارثه، فابقائها يحتاج الى عقد جديد

(مسألة ـ٢٩ـ تبطل المضاربة بموت كل من العامل والمالك) كما هو المشهور بينهم المنقول عن المبسوط والجامع والشرائع والنافع وشروحه والارشاد وشروحه والتبصرة وغيرها، فأن ذلك عندهم حكم العقود الجائزة والتى منها المضاربة بالاجماع المتقدم نقله بل لم اجد أحداً خالف ذلك فى المقام، وقال فى مفتاح الكرامة: معللين بانها وكالة في المعنى، ولولا ما يظهر منهم من عدم الخلاف، لامكن المناقشة، اذ لا تلازم بين جواز العقد وبين بطلانه بالموت .

(اما الاول فلاختصاص الاذن به) فيكون الوارث كسائر الناس لايجوز ان يتصرف بغير اذن المالك وليس ذلك من الحقوق حتى يكون موروثاً للوارث ـ كذا فى المستمسك ـ لكن لايخفى ان هذا الدليل غير تام، لانه ان لم يثبت بطلان المضاربة العقدية لايكفى هذا دليلا على بطلانها فهو من قبيل ان يقال ببطلان البيع بموت المشترى لاختصاص كونه طرف البائع اذ المفروض ان المضاربة عقد لامجرد اذن، والاذن ليس مضاربة ولا جزءاً منها ولا ملازماً لها بحيث اذا فقد الاذن فقد لازمه.

هذا بالاضافة الى ان فقد الاذن اول الكلام، حيث يمكن ان يقول المالك انت وأولادك مأذونون فى المعاملة المضاربية فتأمل.

(وأما الثانى فلانتقال المال بموته الى وارثه، فأبقائها يحتاج الى عقد جديد

بشرائطه فان كان المال نقداً صح وان كان عروضاً فلا وهل يجوز لوارث المالك اجازة العقد بعد موته ؟ قد يقال بعدم الجواز .

بشرائطه) بأن يعقد الوارث مع العامل عقداً جديداً ، سواء بشرائط المورث أو غيرها .

ومما تقدم يعلم، ضعف هذا الوجه ايضاً ، اذ المضاربة عقد وانتقال المال الى الوارث لايكفي دليلا على ابطال العقد، والعمدة ما تقدم من عدم الخلاف في بطلان المضاربة بموت احدهما .

ثم لو كان المالك اثنين فمات احدهما، بطل في حصته ، وان كان العامل متعدداً فمات احدهما فمقتضى القاعدة انه اذا كان العامل مجعولا على نحو المشاركة بطلت بقدر الميت نصفاً أو ثلثاً أو غيرهما .

وان كان مجعولا بنحو البدلية ـ على اسلوب الواجب الكفائي ـ اى ان الجامع بينهما عامل لم تبطل اذ العامل الكلي بينهما الذي هو طرف المالك لم يفقد بفقد أحدهما .

(فان كان المال نقداً) حين موت احدهما (صح) العقد الجديد بين الوارث وطرف المضاربة الذي لم يمت (وان كان عروضاً فلا) على المشهور ، حيث ان العروض لايصح جعله مال المضاربة عندهم «لما عرفت من عدم جواز المضاربة على غير النقدين» .

لكنك عرفت صحته فلا بأس بالعقد الجديد معه .

(وهل يجوز لوارث المالك اجازة العقد) السابق (بعد موته ؟) فلا يكون عقداً جديداً محتاجاً الى كون المال نقداً (قد يقال بعدم الجواز) واستظهره

لعدم علقةله بالمال حال العقد بوجه من الوجوه ليكون واقعاً على ماله أومتعلق حقه وهذا بخلاف اجارة البطن السابق فى الوقت أزيد من مدة حياته فان البطن اللاحق يجوز له الاجازة .

المستمسك من الشرائع حيث قال: ولو مات رب المال والمال متاع فأقره الوارث لم يصح ، لان الاول بطل ، ولايصح ابتداءاً القراض بالعروض ـ انتهى .

لكن الظاهر ان المراد بعبارة الشرائع هو الذي ذكره القواعد ايضاً، حيث قال : ولو مات العامل فللمالك تقرير وارثه على العقد .

وقال في مفتاح الكرامة : المراد من تقريره انشائه وتجديده . الى آخر كلامه .

(لعدم علقة له بالمال حال العقد بوجه من الوجوه) الاتية . و اذالم تكن علقة لم يكن مجال للاجازة ، اذ الاجازة محلها ان يكون للمجيز ولاية على العقد، والافأى ربط بين المجيز وبين العقد فيكون حال الاجازة حال اجازة زيد بيع عمرو لبكر بدون ارتباط بينه وبين المالين اصلا .

(ليكون) الاذن الاجازة (واقعاً على ماله أو متعلق حقه) فعمل وارث المالك مضاربة جديدة لااجازة لمضاربة المالك الميت حتى تكون المضاربة استمراراً لا ابتداءاً.

(وهذا بخلاف اجارة البطن السابق فى الوقت أزيد من مدة حياته فان البطن اللاحق يجوز له الاجازة) للعقد السابق ، اذ البطن السابق لاحق له بالنسبة الى

لان له حقاً بحسب جعل الواقف ، وأما في المقام فليس للوارث حق حال حياة المورث أصلا وانما ينتقل المال اليه حال موته و بخلاف اجازة الوارث لما زاد من الثلث في الوصية

زمن البطن اللاحق فاجارته بالنسبة الى هذا الزمن فضولي فللبطن اللاحق الاجازة أو الرفض .

(لأنّ له حقاً) اى كل الحق (بحسب جعل الواقف) فلا يشبه وارث المالك البطن اللاحق .

(وأما في المقام فليس للوارث حق حال حياة المورث أصلا ، وانما ينتقل المال اليه حال موته) بل وكذلك الامر اذا كان للوارث حق في المال ، كما اذا وهب الابن والده دنانير وشرط في الهبة ان يكون للولد حق الاشراف على المال عيناً وبدلا ، فضارب الوالد في المال ومات بحيث انتقل المال الى نفس الوارث الواهب ، فان الحق لما انقطع بموت الوالد لم يكن للولد الاجاز للمضاربة اذ الاجازة بالنسبة الى المضاربة حال حيات الوالد ، لا كلام فيها لفرض انه اجازها لتلك الحال والاجازة بعد موت المالك لا مورد لها ، لان الحق سقط ، وتبدل الامر الى مالكية الوارث ومثل الشرط في الهبة الشرط في كل مال انتقل من الوارث الى المورث ، أو كان للمورث ، وجعل حق للشارط فيه .

(وبخلاف اجازة الوارث لما زاد من الثلث في الوصية) لما حقق في (كتاب الوصية) من ان المورث لا حق له في الوصية اكثر من الثلث [1] ، فاذا أوصى

---

(١) انظر الوسائل : ج/١٣ ص ٣٦٤ الباب ١٩ من أبواب أحكام الوصايا ح/١ ، ٢ ، ٣ ، ٤ .

وبالمنجز حال المرض على القول بالثلث فيه فان له حقاً فيمازاد فلذا يصح اجازته ونظير المقام اجارة الشخص ماله مدة مات في أثنائها على القول بالبطلان بموته فانه لا يجوز للوارث اجازتها لكن يمكن ان يقال:

بالاكثر كان ذلك متوقفاً على اجازة الوارث .

(وبالمنجز حال المرض على القول بالثلث فيه) فان جمعاً من الفقهاء افتوا بتوقف مازاد من الثلث في منجزات المريض على اجازة الورثة .

(فان له) اى للوارث (حقاً فيما زاد) حيث ان الشارع قال بتوقف ما زاد على اجاز الورثه ـ على هذا القول ـ (فلذا يصح اجازته) لان الأجازة تصح في التصرف في ملك الغير ، أو في متعلق حقه ، والامثلة المذكورة كلها متعلق الحق فيصح للغير صاحب الحق الأجازة .

(و) اما المقام فليس كذلك اذ (نظير المقام اجارة الشخص ماله مدة) أطول من حياته بحيث (مات في أثنائها) كما لو اجرداره سنة ، وقدمات بعد ستة اشهر من الاجارة (على القول بالبطلان) للاجارة (بموته) ، لان حقه فيه مادام حياً ، فاذا مات فقدانتقل الحق الى الوارث .

(فانه لا يجوز للوارث اجازتها) اى اجازة الاجارة ، وانما لايجوز لانه قبل الموت لاحق للوارث وبعد الموت لااجارة لانها تبطل ،فاى شيء يجيزه الوارث كما ذكرنا نحو ذلك في المضاربة .

(لكن يمكن ان يقال) لتوجيه صحة اجازة الوارث للمضاربة انه ليس موضع

يكفى فى صحة الاجازة كون المال فى معرض الانتقال اليه . وان لم يكن له علقة به حال العقد . فكونه سيصير له كاف ومرجع اجازته حينئذ الى ابقاء مافعله المورث لاقبوله ولاتنفيذه فان الاجازة أقسام قدتكون قبولا لما فعله الغير . كمافى اجازة بيع ماله فضولا وقدتكون راجعاً الى اسقاط حق

الاجازة هوملك الغير ، أوحقه الفعلي ،بل هناك شيء ثالث هو موضع الاجازة فـ(يكفي في صحة الاجازة كون المال في معرض الانتقال اليه ، وان لم يكن له) اي للمال (علقة به حال العقد ، فكونه) اى المال (سيصير له) بعد موت المالك (كاف) في صحة اجازة الوارث لما عقده المورث من المضاربة ، وذلك لان الاجازة أمر عقلائي ، وكلما كان العقلاء يرونها، لابد وان نقول بصحتها حيث لم يمنع الشارع عنها، فان أوفوا بالعقود ونحوه يشملها فانها تجعل العقد عقد الوارث ، وهكذا بالنسبة الى سائر الاطلاقات .

(ومرجع اجازته حينئذ الى ابقاء ما فعله المورث) فهو ابقاء لاابتداء حتى يقال المضاربة لاتصح الابالنقدين ولانقدان في المقام (لاقبوله) كما في اجازة المالك لعقد الفضولي .

(ولاتنفيذه) كما في اجازة ذي الحق العقد الذى اجرى على حقه بل الاجازة هنا قسم ثالث .

(فان الاجازة أقسام) فـ(قد تكون قبولا لما فعله الغير ، كما في اجازة بيع ماله فضولا) وفي اجازة عقدها الغير فضولا . الى غير ذلك من الامثلة .

(وقد تكون راجعاً الى اسقاط حق) هذا المجيز في الشيء الذي وقع عليه

كمافى اجازة المرتهن لبيع الراهن ، واجازة الوارث لما زاد عن الثلث وقد تكون ابقاءاً لمافعله المالك كما فى المقام .

العقد (كما في اجازةالمرتهن لبيع الراهن، واجازة الوارث لمازاد عن الثلث) مع فرق بينهما ، حيث انالمرتهن تعلق حقه فعلا بالعين ، بخلاف مازاد عن الثلث ، حيث ان المال للمورث حال حياته ، لقاعدة السلطنة وغيرها ، و انما جعل الشارع صرف مازاد متوقفاًعلى اجازةالوارث حال حيات المورثأوبعد مماته .

(وقد تكون) الاجازة (ابقاءاً لمافعله المالك كما في المقام) وبما تقدم في وجه صحةمثل هذهالاجازة ظهر الاشكالفيماذكره المستمسكبقوله :اناريداجازة العقد بلحاظ الحدوث ، كما في اجازة الفضولي ، فالعقد لاقصور فيه منهذه الجهة كي يحتاج الى الاجازة والاجـازة صادرة ممن لاتعلق له بالعقد ، و ان اريداجازته بلحاظ البقاء ، فالبقاء ليسمقصوداً للمجيز ولامما يقبل الجعل وفي المقام متعذر لفرض البطلان ، كما ذكر فـي الشرائـع ، وان اريد من الابقاء التجديد اختص ذلك بما اذا كان المال نقداً ، ولايصح اذا كان عروضاً ، كما ذكر ايضاً فيالشرائعالى ان قال: والتحقيق ان المالك ركن في عقدالمضاربة كالعامل ، فاذا مات احدهما بطل العقد ضرورة ، كما في موت أحد الزوجين فلايمكن جعل ابقائه ابداً ، كما ذكر المحقق (ره) ، فـلايمكن ابقاء العقد ، لابالاجازة ولابالابقاء ـانتهى.

اذ يرد عليه أولا : انا نريد الاجازة بلحاظ البقاء ، وقـوله : والبقاء ليس مقصوداً للمجيز ولا مما يقبل الجعل ، يـرد عليه ان البقاء مقصود للمجيز فما

فعله المورث قابل للبقاء عرفاً ، فاذا اجازه الوارث بقيوالالم يبق ، أما انهقابل للبقاء فللعرف الذيهو المعيار في المعاملات ،ولم يرد الشارع العرف فيذلك بل اطلاق أوفوا ونحوه يجعله عنده اذا اجازه ، كما يرد عليه ان قوله : ولامما [1] يقبلالجعل ، محل اشكال ، اذ ذلك من الامور العرفية لاالعقلية حتى تأتي فيه الاستحالة ، و [فرض البطلان] مع فرض اجازة المالك مصادرة ، فانالبطلان انما هو عند من لايرى الاجازة لاعند من يراها ، فكيف يستدل بالبطلان عند من لايرى البطلان ، الا اذا لم يجزه الوارث؟ .

وثانياً : ان قوله :ليس مقصوداً للمجيز ، فيه : ان البقاء مقصود للمجيزلما عرفت من ان المورث فعل شيئاً قابلا للبقاء عرفاً ، فمقصود المجيز البقاء .

وثالثاً : كون المالك كالزوج غير تام ، فمن اين هذا التشبيه ، بلالعرف الذى هو المعيار في المعاملات يرى ان الركنين في المضاربة المال والعمل مثلرؤيته ذلك فيالبيع وغيره،حيث انالركنين البدل والمبدل،وذلكبخلاف الزوجين ، فهما المقصود بالقضايا الجنسية ، وعليه فقول المصنف أقرب .

ومنه يظهر وجه النظر فيكلام جملة من المعلقين الذين لميرتضوا كلام المصنف وان مقتضى القاعدة مع الذين سكتوا عليه .

---

(١) سورة المائدة الآية/١ .

مسألة ـ ٣٠ ـ لايجوز للعامل أن يوكل وكيلا فى عمله ، أو يستأجر أجيراً الا باذن المالك نعم لابأس بالتوكيل أو الاستيجار في بعض المقدمات على ما هو المتعارف وأما الايكال إلى الغير وكالة أو استيجاراً في أصل التجارة .

(مسألة ـ ٣٠ ـ) اللازم في المضاربة اتباع المنصرف منها، فانه المقصود لهما والعقود تتبع القصود لانه اذا لم يكن قصد لم يصدق [عقودكم] وعليه فاذا كان المنصرف الاطلاق بالنسبة الى أخذ العامل الوكيل فى العمل، أو المقدمات جاز له ذلك واذا كان المنصرف عدم اخذ الوكيل لم يجز له ذلك ومنه يعلم ان قول المصنف (لايجوز للعامل ان يوكل وكيلا في عمله ، أو يستأجر أجيراً الا باذن المالك) لابد وان يراد به ما اذا كان المنصرف مباشرة العامل بنفسه والا فلا وجه اخر ، وادعاء انه المنصرف الا ما خرج خلاف العرف ، كما لايخفي لمن راجعه .

كما ان قول المصنف (نعم لابأس بالتوكيل أو الاستيجار في بعض المقدمات على ما هو المتعارف) لابد وان يريد به ما كان متعارفاً فليس كل المقدمات كذلك ولذا قال المستمسك والحكم فى الجميع وجوب ان يكون العمل باذن المالك المستفاد من الاطلاق ، أو من صريح الخطاب أو من العادة أو غير ذلك من القرائن فاذا لم تعلم لم تجز التصرف ـ انتهى .

ومنه يعلم: حال ما اذا كان المتعارف عمل اي من العامل ، أو وكيله واجيره حيث يجوز عمله بنفسه وايكاله الى غيره .

(واما الايكال الى الغير وكالة أو استيجاراً في أصل التجارة) أو جعالة أو ما

فلايجوز من دون اذن المالك ومعه لامانع منه كما أنه لايجوز له ان يضارب غيره الا باذن المالك.

أشبه (فـ) قد عرفت اتباعه للانصراف ونحوه يجوز مع الانصراف ونحوه .

و (لا يجوز من دون اذن المالك) واذا لم يكن انصراف الى الاجازة ثم اجاز كفى ، لان الحق لايعدوهما ، ولادليل على المنع ، واذا كان انصراف ثم قال : سحبت اجازتى لم ينفع السحب ، الا ان يبطل المضاربة وينشئها من جديد لاصالة عدم حق له فى ذلك .

(ومعه لامانع منه) كما عرفت ، ولو اختلفا في ان العقد شامل أم لا ؟ فالمرجع الظهور العرفي في العقد ، ولو قال المالك : لم أقصد الاجازة ـ وان كان الظاهر عند العرف ذلك ـ ففيه احتمالان ، من انه اعرف بقصده، ومن انه مدع فعليه الاثبات ، والاقرب الثاني ، ولو اختلف العرف في استفادة الظهور من العقد تساقط والمرجع الاصل .

وقد ظهر مما تقدم الاشكال فى اطلاق قوله : (كما أنه لايجوز له ان يضارب غيره الا باذن المالك) بل اللازم ايكال الامر الى المتعارف الذي ينصب عليه اطلاق العقد ، وقد عرفت حال الاذن بعد العقد .

مسألة ـ ٣١ ـ اذا أذن فى مضاربة الغير فأما ان يكون بجعل العامل الثانى عاملا للمالك أو بجعله شريكاً معه فى العمل والحصة وأما بجعله عاملا لنفسه أماالاول فلا مانع عنه وتنفسخ مضاربة نفسه على الاقوى واحتمال بقائها مع ذلك لعدم المنافات كماترى

(مسألة ـ ٣١ ـ اذا أذن) المالك (في مضاربة الغير فـأما ان يكون بجعل العامل الثاني عاملا للمالك) كلا (أو بجعله شريكاًمعه في العمل والحصة) سواء العمل والحصة مطلقين ، أو مقيدين ، أو بالاختلاف كان يكون الثانى شريكاً في نصف العمل أو ثلثه مثلا بقدر نسبة ما للعامل الاول ، أو اكثر أو أقل.

(واما بجعله عاملا لنفسه) من غير ربط للعامل الثاني بالمالك .

(أما الاول فلا مانع عنه) لاطلاق الادلة الخاصة والعامة .

(وتنفسخ مضاربة نفسه على الاقوى) كما هوظاهر المسالك ، وقرره على ذلك عامة المعلقين الذين وجدنا تعليقاتهم وذلك للتنافى بين كون كل منهما عاملا مستقلا ، وحيث تمنع ذلك عقلا ، لايشمله الدليل الشرعي .

(واحتمال بقائها مع ذلك) كما اختاره الجواهر (لعدم المنافات) حيث ان مثل العامل ، مثل الوكيل ، فكما يمكن ان يكون للانسان في ماله وكيلان مستقلان اذا عمل احدهما لم يبق موضوع للعمل الثاني ، كذلك يمكن ذلك في المقام (كما ترى) اذ المضاربة عقد لايمكن ان يرتبط بهذا بشخصه وبذاك بشخصه .

نعم اذا لم يلاحظ الشخص اي كانا من قبيل أفراد الكلي ،حيث ان الجامع

و يكون الربح مشتركاً بين المالك والعامل الثاني وليس للاول شيء الا بعد أن عمل عملا وحصل ربح فيستحق حصته ذلك الربح

هو الطرف ـ كما تقدم هنا تصوير ذلك ـ فلامانع ، وحيث انه عقلائي يشمله أدلة العقود ، وأدلة المضاربة ـ معاً ـ لكن هذا التصوير خلاف ظاهـر كلام الجواهر ، حيث استدل على الصحة بعدم ما يدل على اعتبار خلو المال عـن وقوع عقد قراض عليه في صحة الثاني ـ انتهى .

وفيه اولا : ان الاستدلال (بعدم) لايفيد الا اذا انضم اليه (الاطلاق) .

وثانياً :النقض بسائر العقود فهل يصح ان يقال مثل ذلك في سائر العقود؟ثم ان المستمسك ذكر انذلك يمنع من تعدد العامل بالنسبة الى العمل الواحد لا بالنسبة الى عملين ، فاذا عمل الاول وربح كان له سهم من الربح ، واذا عمل الثاني ايضاً فربح كان له سهم ، كما صرح بذلك الجواهر .

أقول : هذا مع الاطلاق ، أما مع قيد كون الربح كله للثاني اذا جعلـه عاملا للمالك ، فالربح كله للثاني ، وانما يقدم عليه العامل لانه يريد التخلص من العمل الذى قبله هكذا ببعض الملاحظات، لكن كلامهما انما هو في الاطلاق كما ان كلام المصنف انما هو في فسخ المضاربة اطلاقاً بالمضاربة الثانية فلا ينافيه كلامهما .

(و) حيث انفسخت المضاربة الاولى اطلاقاً (يكون الربح مشتركـاً بين المالك والعامل الثاني) كما هو مقتضى أدلة المضاربة ، اذلا شأن للعامل الاول بعد ان فسخت مضاربته (وليس للاول شيء الا بعد أن عمل عملا وحصل ربح فيستحق حصته من ذلك الربح) لان مقتضى المضاربة معه ان يستحق حصة ربحه

وظاهـره ان المراد به الربح الفعلي ، لكـن يمكن ان يقال : ان الربح الـذى يحصل في المستقبل اذا كان مبنياً على عمل هذا العامل و كان اطلاق المضاربة يشمل مثل ذلك ـ كما ليس ببعيد عرفاً ـ كان الـلازم ان تكون لـه حصته من الربح .

نعم ، اذا لم يكن الاطلاق يشمله بحيث كان استيفاء المالك الربح بعـد ذلك ـ المبني على عمل هذا العامل ـ مع اشتراطهدر حق العامل ـ ولوشرطاً ضمنياً ـ لم يكن للعامل شيء، والا فلو لم يشترطهدر حق العامل لم يكنوجه لعدم شيء له بعد استيفاء المالك للربح الذى عمل فيه العامل .

أما قوله : (بعد ان عمل عملا) فاللازم انيكون المراد به الاعم من كونه تحت سلطة العامل ، اذ قد يكون ربح بدون عملخارجي، كما اذا أخذ العامل المال من المالك وارتفع السعر عنده، فانه ربح،لاوجه لان يقال : ليسللعامل شيء منه ، واى فرق بين ان يشترى السكر بالنقدين بعشرة فيربح عنده خمسة حيث يكون ارتفاع سعر السكر لهما وبين يـأخذ النقدين فيرتفع سعرهمـا عنده .

لايقال : الفرق انه باشترائهالسكر عملبخلاف النقدين فانه لم يعمل فيهما فارتفاع سعرهما في كيس المالك .

لانه يقال : ان الاشراف عمل ، نعم اذا كان عقد المضاربة ، لايشمـل مثل الاشراف لم يكن وجه لاشتراك العامل ، لكن الاطلاق غالباً يشمل كـل هذه الارباح ، خصوصاً في مثل ما اذاكانتالمضاربة علىالعروض ، كما اذا اعطاه

وليس له ان يشترط على العامل الثانى شيئاً من الربح بعد أن لم يكن له عمل بعد المضاربة الثانية بل لو جعل الحصة للعامل فى المضاربة الثانية أقل مما اشترط لـه فى الاولى كأن يكون فى الاول بالنصف وجعله ثلثاً فى الثانية لايستحق تلك الزيادة بـل ترجع الى المالك ، وربما يحتمل جواز اشتراط شىء من الربح أوكون الزيادة له

دوراً أو اجناساً للاسترباح وارتفع السعر ، فقد قلنا سابقاً ان المضاربة جارية في كل ذلك ، وان اشتراط المشهور لزوم النقدين ، غير ظاهر الوجه .

(وليس له ان يشترط على العامل الثاني شيئاً من الربح بعد أن لم يكن له عمل) ولو عمل الأشراف (بعد المضاربة الثانية) لكن قدتقدم صحة اشتراط ان يكون للاجنبي شيء من الربح ، وعليه فيصح هذا الشرط اذا كان المالك موافقاً عليه .

(بل لو جعل الحصة للعامل في المضاربة الثانية أقل مما اشترط لـه في) المضاربة (الاولى كأن يكون) نصيب العامل (في الاول بالنصف وجعله ثلثاً في الثانية لايستحق تلك الزيادة) لان الربح في المضاربة الثانية ـ المبطلة للمضاربة الاولى ـ بين المالك و العامل الثاني ، فلا حق للعامل الاول في شيء .

(بل ترجع الى المالك ، وربما يحتمل) كمافى الجواهر (جواز اشتراط شيء من الربح أو كون الزيادة له) اي للعامل الاول .

بدعوى ان هذا المقدار وهو ايقاع عقد المضاربة ثم جعلها للغير نوع من العمل يكفى فى جواز جعل حصة من الربح له وفيه انه وكالة لامضاربة والثانى لامانع منه وتكون الحصة المجعولة له فى المضاربة الاولى مشتركة بينه وبين العامل الثانى على حسب قرارهما

(بدعوى ان هذا المقدار وهو ايقاع عقد المضاربة ثم جعلها للغير نوع من العمل يكفي في جواز جعل حصة من الربح له) حيث ان المضاربة الثانية في طول المضاربة الأولى ، ومن شئونها فارباح الثانية بعد اخراج حصة العامل تكون من ارباح الاولى فتكون حصة منها للعامل والباقى للمالك ، وهذا هو الظاهر من الجواهر فقول المصنف : (وفيه انه وكالة لامضاربة) محل نظر ، نعم المعقول في القسم الاول انه قد يكون وكالة ايضاً ، ولذا قسمه المستمسك الى ما تكون المضاربة الثانية اجنبية عن الاولى والى ما تكون فى طول الاولى فالحق مع الجواهر اذا كانت في طولها لا ما اذا كانت كالوكالة .

(والثاني) اى ما جعله شريكاً معه في العمل والحصة (لامانع منه) لاطلاق أدلة المضاربة ، وأدلة العقود[1] .

(وتكون الحصة المجعولة له في المضاربة الاولى مشتركة بينه وبين العامل الثاني على حسب قرارهما) فيصح ان تكون نسبة العمل والربح متساوية كان يكون من كل من العاملين نصف العمل ، وله نصف الربح المجعول للعامل كما تصح ان تكون النسبة مختلفة بأن كان من احدهما نصف العمل وثلث الربح

---

(١) سورة المائدة الآية/١ .

وأما الثالث فلايصح من دون أن يكون له عمل مع العامل الثانى ومعه يرجع الى التشريك

أو ثلث العمل وربع الربح، أو ثلث الربح، لكن بشرط ان لايكون اجحاف كما تقدم الكلام فيه ، وعدم الاجحاف ممكن بأن يكون العمل الاول حجماً أكثر قيمة ، لانه عملي جسدي فكري مثلا أو فكري قيمته أكثر أو ما أشبه ذلك ، كما اذا كان عملا ذا وساخة ، حيث ان اجره أكثر ، وان كان حجمه مساوياً أو أقل ، الى غيرها من الامثلة .

(وأما الثالث فلا يصح من دون أن يكون له عمل مع العامل الثاني) واشكال المستمسك بأن العامل في المضاربة من يكون عاملا للمالك ، والعامل لغير المالك خارج عنه ، سواء كان له عمل أم لم يكن غير ظاهر فان العامل للمالك يتصور بأن يكون عاملا لعامله في جهة المضاربة .

ومنه يظهر ان قول المصنف (ومعه يرجع الى التشريك) محل نظر اذلو اراد التشريك طولا فلاحاجة الى الذكر لوضوحه ،وان أراد التشريك عرضاً ـ كما هو ظاهر كلام المصنف بارجاع هذا القسم الثالث الى القسم الثاني ـ ففيه انه ليس من التشريك في شيء اذ التشريك كونهما في عرض واحد بالنسبة الى المالك بينما هذا القسم الثالث العامل الثاني في طول العامل الاول .

مسألة ـ ٣٢ـ اذا ضارب العامل غيره مع عدم الاذن من المالك فان أجاز المالك ذلك كما فى الاذن السابق فى الصورة المتقدمة فيلحق كلا حكمه

(مسألة ـ٣٢ـ اذا ضارب العامل غيره مع عدم الاذن من المالك) بأن لم يشمل العقد ذلك ، ولا اذن له خارج العـقد (فان أجاز المالك ذلك كما في الاذن السابق في الصور المتقدمـة) لان الاجازة اللاحقة حالـها حال الاذن السابق، لما دل على صحة المعاملة الفضولية المستتبعة للاذن .

(فيلحق كلا حكمه) حسب ما تقدم فى المسألة السابقة من الاحكام للاقسام الثلاثة، او الاربعة.

نعم لابد من التنـبيه الى ان الاذن قد يكون قبل الشروع فى العمل ، وقد يكون بعده، واذا كان بعده، فان كان اذنا للمضاربة الثـانية من حين المضاربة، كان العامل في المضاربة الثانية عاملا من حين عقد المضاربة معه، أما اذا اذن من وقت متأخر، كما اذا ضارب العامل العامل الثاني من يوم الجمعة فأجازه المالك من يوم السبت، كان حال يوم الجمعة حال ماسيأتي من عدم الاجازة.

وعليه فالاذن قد يكون، وقد لايكون، واذا كان فقد يكون من الاول ، وقد يكون مما بعد الاول .

لايقال: أما ان يأذن فى المضاربة الثانية أولا يأذن، ولا يمكن التبعيـض، لان العقد الواحد لايتبعض .

لانه يقال : لامانع من تبعض العقد ، ولذا يصح العقد مع تبعض الصفقة ونحوه .

وان لم يجز بطلت المضاربة الثانية فان كان العامل الثانى

ومنه يعلم ، انــه يصح اذن المالك مع كل زيادة ونقيصة ـ من غير جهة تبعيض الزمان ايضاً ـ كما اذا ضارب العامل العامل الثاني مطلقاً، فشرط المالك عليه في اذنه له بأن لايسافر، أوان يشترى بضاعة كذا ايضاً فى ضمن معاملاته فشرط المالك عليه ان لايشتري ، أو ماأشبه ذلك .

(وان لم يجز بطلت المضاربة الثانية) لانه لايصح التصرف في مال المالك بدون اذنه سابقاً ، ولا اجازتــه لاحقاً ، فالمضاربة الثانـية فضولية لم تؤيدها الاجازة .

(فان كان العامل الثاني) لم يعمل ولم يحصل الربح فلا شيء الا اذا كان مغروراً ، وقد فوتته المضاربة شيئاً ، كما اذا لم يكن يعرف ان مضاربة العامل للمالك، ولما ضاربه ترك عملا آخر لاجل مضاربة العامل مما عاد تركه عملا آخر بالضرر عليه، فان حال المقام حال ما اذا حبـس الحر عن عمله ، حيث رجحنا هناك ـ تبعاً لجماعة من الفقهاء ـ الضمان، اذلا فرق بين حبسه خارجاً وايهامه الحبس مما يجعله مغروراً يشمله دليل المغروريرجع الى من غر وان كان العامل الثاني عمل ولم يحصل الربح المالى وجعل الربح المستقبلي ـ كما صورناه فى المسألة السابقة ـ كان حاله حال الفرع الذي يذكره المصنف اى عمل وحصل الربح، اذلا فرق فى الاستحقاق بين الربح الحالي، والربح المستقبلى . حيث ان كلا الربحين ربح عمل العامل ، وان كان العامل الثاني عمل ولم يحصل الربح اطلاقاً، لاحالا، ولامستقبلا، لم يكن للعامل شيء لانه دخل على هدر عمله اذا لم يربح ، فيشمله دليل مالا يضمن بصحيحه لايضمن

عمل وحصل الربح فما قرر للمالك في المضاربة الاولى فله وأما ما قرر للعامل فهل هو أيضاً له، أو للعامل الاول، أو مشترك بين العاملين؟ وجوه

بفاسده، وان كان العامل الثانى (عمل وحصل الربح) .

وقد أجاز شراء العامل الثانى ـ الذى وقع فضولياً ـ وان لم يجز مضاربة العامل الاول للعامل الثاني لوضوح انه لاتلازم بين الاجازتين، بل مع اجازة المضاربة لامجال لاجازة ورفض المعاملة .

(فما قرر للمالك فى المضاربة الاولى فله) لان الربح تابع للمال وللعمل ـ كما عرفت سابقاً ـ فلا وجه، لان لايكون بعض الربح للمالك.

نعم اذا كان جعل القدر الخاص له اجحافاً كان اللازم ان يقال: ان مقدار حقه له لاالزائد عليه الذي اجحف فيه، ويكون حال الزائد حال ماقرر للعامل من الحصة مما يأتى حاله.

(وأما ماقرر للعامل فهل هو أيضاً له، أو للعامل الاول أو مشترك بين العاملين؟ وجوه) وجه الاول ان الربح تابع للمال ، وحيث بطلت المضاربة لم يكن شيء من الربح لغير المالك ـ كما يأتى تفصيله في كلام المصنف ـ.

ووجه الثانى: ان المقرر كون بعض الربح له وقد ربح ، فاللازم اعطاء ماقرر له .

ووجه الثالث : ان العامل الأول يستحق بعضه بقدر عمله ، حيث قد تقدم ان اعطائه المضاربة للثانى نوع من العمل، وان العامل الثاني يستحق بعضه لانه عمل والربح تابع للعمل.

أقواها الاول لان المفروض بطلان المضاربة الثانيــة فلا يستحق العامل الثانى شيئاً وان العامل الاول لم يعمل حتى يستحق ، فيكـون تمام الربح للمالك اذا أجاز تلك المعاملات الواقعة على

(أقواها) عند المصنف (الاول) قال فى الشرائع- فى مسألة ما اذا قارض العامل غيره - فان كان بأذنه وشرط الربح بين العامل الثانى، والمالك صح ولو شرط لنفسه لم يصح، لانه لاعمل له وان كان بغير اذنه لم يصح القراض فان ربح كان نصف الربح للمالك والنصف الاخر للعامل الاول ، وعليه اجرة الثانى، وقيل للمالك ايضاً، لان الاول لم يعمل ، وقيل للعاملين ويرجع الثاني على الاول بنصف الاجرة والاول حسن- انتهى .

وهل هذه الاقوال لاصحابنا كما هو ظاهر المحقق او للعامة ، كما نص عليه المسالك بانها وجوه للشافعية، احتمالان، وان لم يكن يهم تنقيح ذلك.

وكيـف كان ، فقد استدل المصنـف لما اختاره بقوله : (لان المفروض بطلان المضاربة الثانية فلا يستحق العامل الثانى شيئاً) لان الاستـحقاق كان بسبب المضاربة، فاذا لم تكن مضاربة لم يكن استحقاق .

(وان العامل الاول لم يعمل حتى يستحق ، فيكون تمام الربح للمالك اذا أجاز) المالك (تلك المعاملات الواقعة على ماله) لكن ربـما يرد على ذلك ان العامل سبب انماءِ المال فيـكون شريكاً قهرياً مع المالك ، وتكون حصته حسب جهده الفكرى والجسدى فيكون حاله حال ما اذا صبغ ثوب زيد بدون رضاه اذا صار ذلك سبباً لزيادة القيمـة ، فان المشهور ، وان ذهبوا الى عدم

شيء للغاصب اذا لم تزد العين لكن دليلهم غير تام فقد استدل له في المسالك في كتاب الغصب بانه متعد .

وذلك عند قول المحقق اذا زادت قيمة المغصوب بفعل الغاصب ، فان كانت أثراً كتعليم الصنعة وخياطة الثوب ونسج الغزل وطحن الطعام رده ولا شيء له قال المسالك : لايستحق بتلك الزيادة شيئاً لتعديه .

وقال في الجواهر مستدلا لكلام المحقق الانف : لعدم احترام العمل بغير اذن من المالك ، بل كانت تلك الصفات من توابع مال المالك ، ولايخفى ما في التعليلين المذكورين ، اذ لادلالة على اسقاط التعدي لحق الغاصب ، كما لادلالة على سقوط الاحترام بعد شمول، لايتوى حق امرء مسلم ونحوه له وجعل تلك الصفات من توابع مال المالك مصادرة .

ويؤيد ما ذكرناه كون الزرع للزارع الغاصب ، كما ورد بـذلك النص والفتوى ، مع ان الزرع ليس عين مال الغاصب ، بل نمائه ، وأي فرق بين نماء ماله ونماء عمله ، والاشكال في شمول (لا يتوى) للمقام ، لان كـونه حقه أول الكلام غير وارد ، اذ الحق أمر عرفي ، والعرف يرى انه حقه .

فلو زعم غير المالك ان الارض وأدوات البناء له فجعلها داراً ضاعفت قيمتها يرى العرف ان الزيادة حق الباني ، ولعله لما ذكرناه علل التذكرة استحقاق العامل الثاني اجرة عمله على المالك، بأن نفع عمله عاد الى المالك ، لكن مقتضى ذلك ان يكون له كل نفع العمل ،لا الاجرة فقط ورد المستمسك العلامة بأن ذلك ليس من اسباب الضمان غير تام ، اذ لما كان حاصل عمل العامل يعد

ويستحق العامـل الثانى اجرة عمله مع جهله بالبطلان على العامـل الاول ، لانه مغرور من قبله

حقاً له كان استيلاء المالك عليه موجباً للضمان ، لدليل لايتوى وغيره .

وكيف كان ، فمقتضى القاعدة كون كل الزيادة للعامل فى ما اذا كانت كل الزيادة مستندة اليه ، أما اذاكانت مستندة اليهما ، كما في مصراعى الباب فالزيادة لهما .

(ويستحق العامل الثاني اجرة عمله مع جهله بالبطلان على العامل الاول، لانه مغرور من قبله) والمغروريرجع الى من غر،لكن اللازم القول بانهيستحق أقل الامرين من الحصة والاجرة ، لانه على تقدير اقلية الربح ، فقد دخـل على انله ذلك ، وبذلك قد أهدر قدر زيادة الاجرة على الحصة، اللهمالا ان يقال اناهداره كان مقيداً بصحة المعاملة ، فاذا انتفتالصحة رجع الىالقاعدة الاولية .

ومن ذلك يظهر حال ما اذا لم يربح شيئاً،فانه ان قلنا ان البطلان يوجب اجرة المثل كان له اجرة المثل ، اذ لما بطلت المضاربة كان المرجع القاعدة الاولية ، وان قلنا ان البطلان يوجب اقل الامرين ، (حيث انه أهدر قدر زيادة الاجرة) كان اللازم عدماستحقاقه شيئاً لانه دخلعلى انه اذا لم يربح فلاشيء لـه .

ثم ان المصنف قيد اجرته بقوله : (مع جهله بالبطلان) .

وقال جامع المقاصد : لاشك انه اذا كان عالماً لايستحق اجرة ، واشكل

وقيل على المالك و لاوجه له مع فرض عدم الاذن منه له في العمل وأما اذا ضاربه على ان يكون عاملا له وقصد العامل في عمله العامل الاول فيمكن ان يقال: ان

عليه المستمسك بان الاختصاص بصورة الجهل يتوقف على كون الضمان بالغرور .

أما اذا كان الضمان بالاستيفاء ، وان من استوفى عمل غيره كان ضامناً له وان كان عالماً بالبطلان فالرجوع الى العامل باجرة المثل يكون في صورتي الجهل والعلم .

ويرد عليه أولا : ان المستوفى المالك ، لان الربح دخل في كيسه لا كيس العامل الاول .

وثانياً : ان الاستيفاء كان بقدر الحصة العادلة لا بقدر الاجرة ، فاللازم اعطائه الحصة العاملة ، اذ الربح تابع للمال والعمل، ولكل منهما قدر خاص من الربح فلا وجه للاجرة ، سواء زادت عن الحصة أو نقصت أو ساوت .

(و) منه يعلم صحة ما (قيل) من ان العامل يستحق (على المالك) لانه المستوفى.

(و) قول المصنف (لاوجه له مع فرض عدم الاذن منه له في العمل) قد عرفت الاشكال فيه ، وان في الربح حق العامل حتى مع علمه وعمده ، فعدم كون حقه له خلاف القاعدة .

(وأما اذا ضاربه) ضارب العامل الاول العامل الثاني (على ان يكون عاملا له) لا للمالك (وقصد العامل) الثانى (في عمله العامل الاول فيمكن ان يقال : ان

الربح للعامل الاول، بل هو مختار المحقق فى الشرائـع وذلك بدعوى أن المضاربة الاولى باقية بعـد فرض بطلان الثانية، والمفروض ان العامل قصد العمل للعامل الاول فيكون كأنه هو العامل فيستحق الربح

الربح للعامل الاول ، بل هو مختار المحقق في الشرائع) لكن فيه ما ذكره السيد البروجردى : من ان ظاهر المحقـق عدم التفرقة بين ان يضاربه للمالك او لنفسه ، نعم دليله لايتم الا في الثاني ـ انتهى .

(وذلك بدعوى أن المضاربة الاولى باقية بعد فرض بطلان الثانية والمفروض ان العامل) الثاني (قصد العمل للعامل الاول فيكون) العامل الاول (كأنه هو العامل فيستحق الربح) وانما قيده بقوله : ان العامل قصد العمل للعامل الاول لان استرباح العامل الثانى على ثلاثة أقسام :لانه اما ان يقصد ذلك ، او يقصد التبرع بالعمل ، او لايقصد شيئاً ، فان قصد التبرع بالعمل لاحق له بعد ان اهدر عمل نفسه،فهو كالابراء في الدين والاعراض فى المال ، وان لم يقصد لاالاجرة ولاالتبرع ، فالظاهر انه كقصد الاجرة لانه لم يهدر احترام علمه ، فيشمله لايتوى حق امرء مسلم [(١)] ، اذ عمل الانسان لنفسه ، الا اذا اهدره ، فاذا لم يهدره لم يكن وجه لهدره .

ومنه يعلم ، ان الاولى ان يقول : لان العامل لم يقصد التبرع بالعمل .

---

(١) المستدرك : ج/٣ ص ٢١٥ باب نوادر الشهدات ح/٥ .

وعليه اجرة عمل العامل اذا كان جاهلا بالبطلان

ومماتقدم علم حال ماذا قصد العامل (فى باب المضاربة) التبرع اولم يقصد شيئاً ، حيث انه بقصده التبرع يسقط حق نفسه فلا شيء له على المالك ، إمـا اذا لم يقصد تبرعاً ولاحصة كانت له حصته ، لانه لم يهدر عمله .

(و) كيف كان فـ(عليه) أي العامل الاول (اجرة عمل العامل) الثانى ، او اقل الامرين من اجرة المثل والحصة المسماة، وقد تقدم وجه احتمال اقل الامرين وانما عليه الاجرة لان عمله محترم وقد استوفاه العامل الاول ، فيشمله دليل : لا يتوى حق امرء مسلم ، وغيره ، ولكن له الاجرة .

(اذا كان جاهلا بالبطلان) لما تقدم من انه اذا كان عالماً فقد أهدر عمله ، كما تقدم انه اذا لم يكن ربح لم يكن له حق ، لانه دخل على انه اذا لم يكن ربح فلا شيء له .

هذا ولكن سبق ان قلنا : بأن له الاجرة بنسبة عمله ، وان كان عالماً بالبطلان لان الربح وليد رأس المال والعمل معاً ، فلاوجه لاختصاص احدهما (اي رأس المال) بكل الربح ، وكذلك في كل ربح حصل ولو بدون اذن المالك ، بل نصه بعدم رضاه كما اذا كان كل من الخل والعسل قيمته درهم وكان الخل لزيد فخلطه بعسل عمرو مع نص مالك الخل بعدم رضاه فزادت قيمتهما الامتزاجية الى ثلاثة دراهم، فان الدرهم الثالث لهما ولاوجه لاختصاصه باحدهما الا توهم

وبطلان المعاملة لايضر بالاذن الحاصل منه للعمل له

انه تابع لرأس المال ، فهو لصاحب الخل مما قدعرفت رده والاتوهم انه حصل من عمل صاحب العسل فهوله .

وفيه : انه ربحهما لاربح العمل ، اذ العمل ليس له هذا القدر من الربح وكما اذا صنع مصراع باب لمصراع زيد وباعهما فضولي بثلاثة بينما كانت قيمة كل مصراع درهماً ، أو صبغ ثوبه بما بقيت عينه (عندهم) فصارت القيمة ثلاثة بينما قيمة كل من الثوب والصبغ واحد ولاقيمة للتصبيغ فرضاً ، وانما قلنا (عندهم) لا نانرى عدم الفرق بين بقاء عين الصبغ وعدمه ـ كما تقدم ـ .

(وبطلان المعاملة لايضر بالاذن الحاصل منه للعمل له) اشارة الى ما ذكره الجواهر في وجه كلام الشرائع المتقدم قال : ولاينافيه فرض عدم اجازة المالك اذ هى للقراض .

أما ما وقع منه للشراء والبيع فهو باذن العامل الاول الذي لم يشترط عليه مباشرة ذلك بنفسه ، واشكل عليه المستمسك بقوله : لايخفى ان اذن العامل لا تكفى فى صحة الشراء والبيع الا اذا كان العامل مأذونا من المالك فى الاذن واذا لم يكن مأذونا فيه من المالك ، فلاوجه لصحته ، وقد عرفت انه اذا كان مأذونا فيه من المالك كان مأذوناًفي المضاربة الثانية،اذ مضمونها الشراءوالبيع الذى لم يشترط عليه المباشرة فيها .

وفيه : ان الاذن في تصرف غير العامل باجازة العامل غير المضاربة التى عقدها العامل الاول مع العامل الثاني ، بل لو فرض ان لااذن من المالك كان

لكن هذا انمايتم اذا لم تكن المباشرة معتبرة فى المضاربة الاولى ، وأما مع اعتباره فلايتم ويتعين كون تمام الربح للمالك اذا أجاز المعاملات وان لم تجز المضاربة الثانية

اللازم مثل اللازم فى صورة الاذن ، حيث قد سبق في بعض المسائل المتقدمة ان تخلف الشرط ونحوه فى باب المضاربة لايوجب الحرمان من الربح وانما هو موجب للضمان ، فالربح للعامل ، وان لم يكن اذن من المالك ، وعليه فاجرة العامل الثانى على العامل الاول، أما مطلقاً كما اخترناه أو مع جهل العامل الثاني بالبطلان .

ومنه يعلم وجه النظر فى قول المصنف :(لكن هذا انما يتم اذا لم تكن المباشرة معتبرة في المضاربة الاولى ، وأما مع اعتباره فلايتم) وجه النظر أولا ان ذلك اذا لم يجز المالك المعاملة .

وثانياً : ان تخلف الشرط ونحوه من باب المضاربة لايوجب الحرمان من الربح .

وثالثاً : قد تقدم ان الربح تابع للمال والعمل فلاوجه لاختصاصه باحدهما.

فقوله : (ويتعين كون تمام الربح للمالك اذا أجاز المعاملات وان لم تجز المضاربة الثانية) ممنوع ـ حتى على مذاقهم ـ .

وعليه فقول المستمسك : ان كان المفهوم من المضاربة الاولى خصوص المباشرة فالحكم كما ذكر المصنف من بطلان المضاربة ، وكون الربح

جميعه للمالك اذا أجاز معاملة العامل الثاني، ويستحق على العامل اجرةالمثل - انتهى محل منع .

ثم انه لو اختلفا فى انه هل أجازله التوكيل أولا ؟ فان كان اطلاق أوتقييد عرفى من ظاهر اللفظ ولو بالانصراف كان هوالمتبع والبينة على مدعى خلافه والاكان الاصل مع المالك حيث ان التصرف فى ماله يحتاج الى اجازته المعاملية أو الاذنية .

المحتويات

الموضوع ــــــــــــــــــــــــــــــ الصفحة

كتاب الشركة
٥ ـ ١٢٣

الموضوع ـــــــــــــــــــــــــــــ الصفحة

مسائل
٨٤ ـ ١٢٣

المضاربة
١٢٥ ـ ٣٤١

الموضوع ـــــــــــــــــــ الصفحة

الموضوع ـــــــــــــــــــــــــــــــــــــــ الصفحة